

«Nueva penología», punitive turn y
Derecho Penal: *quo vadimus?* Por
los caminos de la incertidumbre
(pos)moderna

André Lamas Leite

Universidade de Oporto

Abstract*

En los últimos años se ha producido un giro punitivo en los ordenamientos jurídicos de los países de influencia de los Estados Unidos de América. Esta nueva penología esta siendo objeto de una viva polémica por cuestiones como -entre otras cosas-, un aumento en la severidad punitiva, el crecimiento de la población penitenciaria, etc.

In recent years there has been a punitive turn in the legal systems of the countries of influence of the United States of America. This new penology is the subject of a lively debate over issues -among other things-, such as an increase in the severity punitive, growth of the prison population, etc.

In den letzten Jahren hat in den unter dem Einfluss der USA stehenden Ländern eine punitivistische Wendung stattgefunden. Diese neue Pönologie ist gerade Gegenstand einer hektischen Debatte über die Fragen der Verschärfung der Strafen, die Zunahme der Gefängnisbevölkerung, u.a.

Palabras clave: Penología; Severidad punitiva; Giro punitivo; Sistema penal; Sanción penal.

Keywords: Penology; Punitive severity; Punitive turn; Criminal system; Criminal sanction.

Stichwörter: Pönologie; punitive Härte; punitivistische Wendung; Strafrechtssystem; strafrechtliche Sanktion.

Sumario

- 1. Introducción**
- 2. Continuidades y rupturas de los modelos político-criminales**
- 3. El concepto de punitive turn**
- 4. Algunas causas**
- 5. Ejemplos de institutos característicos**
 - 5.1. La legislación three strikes and you're out: «lock them in»!**
 - 5.2. Las shame sanctions: ¿regreso al pasado?**
- 6. Referencia conclusiva**
- Tabla de sentencias citadas**
- Bibliografía citada**

* Título original: «Nova penologia», *punitive turn e Direito Criminal: quo vadimus? Pelos caminhos da incerteza (pós-) moderna*. Traducción a cargo de Cristina Alonso Salgado y Cristina Torrado Tarrío (Universidad de Santiago de Compostela).

In a reintegrative perspective, a prisoner released after serving should always be met with an orchestra outside the walls. Later should follow the big, integrative feast. That would have been reintegration.

NILS CHRISTIE, *A suitable amount of crime*, 2004, p. 108.

(...) [P]rison especially is a perennially failing social institution about which it is wise never to be sanguine, or to invest too much hope.

IAN LOADER, *Why penal moderation*, p. 4.

1. Introducción¹

Se ha asistido en las últimas décadas, en especial en los Estados Unidos de América (EUA) y en los países que le son culturalmente próximos, a un presunto aumento de la punitividad ² que se traduciría en un exponencial crecimiento de la población penitenciaria, en un retorno a concepciones retributivas a modo de justificación de la intervención del Derecho Penal, y a una aplicación de sanciones desproporcionadas, vejatorias y, por último, vulneradoras de la dignidad de la persona. Estas características corresponderían a un “viraje punitivo” (*punitive turn*), típico de una nueva y diferente forma de administrar el *ius puniendi*, denominada “nueva penología”.

¹ El artículo que ahora ve la luz fue escrito para formar parte de los «Estudos em Homenagem ao Senhor Prof. Dr. Dr. h. c. PETER HÜNERFELD», organizado en buena hora por Profesores de la *Faculdade de Direito* de la *Universidade de Coimbra*, aún en imprenta. Nos pareció que su accesibilidad a los juristas de lengua castellana podría ser de utilidad. Con esta modesta contribución pretendemos prestar tributo al Maestro de las Ciencias Penales y Amigo fraterno de Portugal y de los Portugueses que, a lo largo de su vida, tantas pruebas ha dado de desinteresado apego a las tierras y a las gentes lusas, en especial a aquellos que, como él, cultivan las ciencias del crimen. Ahora que la invencible orden de la vida silenció al Académico, permanece la obra y la elocuencia de su Ejemplo. Podemos todos estar a la altura del desafío de tal Ejemplo. Agradecemos a los Organizadores de la presente obra, reconocidamente, la inmerecida gentileza de la invitación por la que nos sentimos muy honrados. Ante Profesores de la talla de PETER HÜNERFELD no existe mejor tributo que no sea dejar hablar a las letras jurídicas, aunque, en nuestro caso, con rudimentarios apuntes siempre imperfectos.

² Se pueden identificar cuatro grandes formas de punitividad: la *legal*, contenida en la legislación criminal, la *judicial*, en función de las decisiones de los tribunales, la *operacional*, llevada a cabo por todos aquellos que, a pesar de que actúan en nombre de la ley, no están sujetos a un control tan ajustado de los órganos jurisdiccionales, como las policías, los técnicos de reinserción social, y la *local*, desarrollada por la población en general – Confróntese HELMUT KURY/THEODORE N. FERDINAND, «Punitivity. An introduction», en KURY/ FERDINAND (eds.), *International perspectives on punitivity*, 2008, p. 2.

Sin embargo, si hay materias en las que todo o casi todo son incertezas, esta que nos ocupa, es un ejemplo paradigmático. En realidad, efectivamente se ha criticado que se trata de un fenómeno localizado en una cierta área geográfica, dotado de fuerzas centrífugas y paradójicas en su interior que desaconsejan una generalización y, mucho menos, cualquier pretensión de validez universal. Otros, por el contrario, no abordan los fenómenos de la vida social que a continuación describiremos, como meras contingencias históricas o como un continuo en la evolución del tratamiento humano del crimen, sino como una marca indeleble de una nueva era en el desarrollo social que denominan como “posmodernidad”.

Responder por completo a estas inquietudes, sería tarea que no se ciñe al propósito que aquí nos ha animado. Por este motivo, no debe extrañar al lector la forma de esbozo, ni que hayamos privilegiado un estilo expositivo e informativo, aunque sin silenciar, aquí y allá, nuestra opinión sobre los diversos temas.

Antes de continuar, es necesario manejar los conceptos del *punitive turn*, cuestión para la que debemos tratar la “punitividad” y el nacimiento de la citada “nueva penología”. A continuación, se analizarán las principales causas que los hicieron surgir, con especial incidencia en el mundo anglosajón, donde la presente problemática ha ganado un lugar central. Caracterizaremos, por último, algunos de los instrumentos que forman parte de esa trilogía, principalmente la legislación *three strikes and you're out* y las *shame sanctions*. La situación en Portugal no será objeto de tratamiento aquí, en tanto que pensamos dedicarle un estudio autónomo en el futuro.

2. Continuidades y rupturas de los modelos político-criminales

La Historia nos enseña que los modelos coexisten, a veces, durante lapsos temporales relativamente largos hasta que se van sustituyendo. Todo ello sin olvidar, que cualquier modelo político-criminal es una abstracción de la realidad, una enunciación de puntos comunes y más fuertes del sistema, que no son necesariamente caracterizadores de *toda* la tesitura penal. Ahora bien, si el concepto de *desorden de los modelos* no es nuevo (MCCLINTOCK³), la materia del *punitive turn* está, por naturaleza, dominada por la polémica y por la discordancia, incluso en lo que atañe a los respectivos fundamentos.

Se debe comenzar destacando que resulta curioso que el supuesto aumento de la punitividad de los sistemas penales, se produce en un momento histórico en el que las tasas de criminalidad no aumentan, lo que resta valor científico a la afirmación causalista y empirista de que las sanciones criminales ganan severidad a medida que crece el número de delitos registrados.

³ Sobre él y para una caracterización de los principales modelos vigentes, Confróntese DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. As consequências jurídicas do crime*, 2005, pp. 56-79.

Es muy difícil –o incluso imposible–, determinar con precisión quién empezó a utilizar el término “nueva penología” para describir una mutación que se identifica, aproximadamente, a partir de la década de los 80 del pasado siglo. De acuerdo con FEELEY/SIMON, esta se refiere a: *a) emergencia de nuevos discursos* (ligados al control de riesgos, y no ya a la rehabilitación u otros métodos de intervención orientados más directamente a los condenados); *b) formación de nuevos objetos* para el sistema (enfocados especialmente a la reducción de la reincidencia, elemento analizador primario del éxito de cualquier ordenamiento jurídico-criminal); y *c) aplicación y desarrollo de nuevas técnicas de intervención* orientadas al tratamiento de los autores de delitos de forma global, y no tan individualizada como se defendía en la “era de la resocialización”, renaciendo de este modo, visiones más o menos inocuidadoras (“incapacitación selectiva”) y aprovechando así, los desarrollos tecnológicos como sucede, *v.g.*, en el caso de la vigilancia electrónica⁴.

Estos autores confrontan la “vieja penología” con la “nueva”. Podemos sintetizar la “vieja”, heredada del siglo XIX, a través de las características de un tratamiento centrado en el victimario, con sus respectivas consecuencias *ideológicas* (*importancia* de la resocialización como pieza-clave en la estrategia especial-preventiva y, reflejamente, general-preventiva⁵, creencia en un cierto “optimismo antropológico”, en especial en un país como el nuestro⁶, de fuerte tradición humanista), *dogmáticas* (centralidad de la categoría de la culpa, de las cuestiones de imputación objetiva al nivel del tipo objetivo de ilícito), y *procesales* (asunción del acusado como verdadero sujeto procesal y no como simple objeto del *procedere*, dotado de garantías y derechos constitucionalmente consagrados y garantizados). Por su parte, la «nueva penología» estaría preocupada por el “*management*” de los grupos de riesgo que, a tal efecto, serían identificados y señalados, a menudo recurriendo a *métodos “actuarialistas”*⁷

⁴ FEELEY/SIMON, «The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications», *Criminology*, 1992, pp. 449-450, 457-458.

⁵ Presente, entre tantos, en HARVEY WHEELER, «Introduction: A nonpunitive world?», en WHEELER (ed.), *Beyond the punitive society. Operant conditioning: social and political aspects*, 1973, pp. 17-18, al defender que una correcta apuesta resocializadora tendría como efectos positivos: la sustitución progresiva de las instituciones punitivas por instituciones educativas; el cambio de un paradigma punitivo y legalista por otro de prácticas de refuerzo positivo; la desburocratización a favor de las personas y de las organizaciones, que se harían más pequeñas al reducir las superestructuras formalistas y de autogestión; el aumento de personal cualificado para intervenir en las diversas áreas de las ciencias sociales y humanas. A propósito, nos permitimos transcribir una parte del discurso del entonces Home Secretary Winston Churchill, ante la Cámara de los Comunes, en 1910: «[la] disposición y el temperamento del público en el tratamiento del crimen y de los criminales es una de las pruebas más infalibles para aquilatar el [grado de] civilización de cualquier país. (...) Fe inalterable de que existe un tesoro en el corazón de cada persona si conseguimos encontrarlo.» (GILES PLAYFAIR, *The punitive obsession. An unvarnished history of the English prison system*, 1971, pp. 20-21).

⁶ NOTA DE TRADUCCIÓN: En referencia a Portugal. Sirva esta nota de traducción para los casos análogos.

⁷ FEELEY/SIMON, «The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications», *Criminology*, 1992, pp. 453-457, ensayan una interesante hipótesis de trabajo.

Quizá la penetración de las consideraciones “actuarialistas” en el Derecho Penal es una marca de la influencia del Derecho Civil, en la medida en que la responsabilidad por el riesgo se basa, en realidad, en métodos relacionados con un análisis de la realidad social de tipo probabilista. Habrían sido las normas

y comprometidos con criterios de pura racionalidad *sistémica y funcional*, de índole casi siempre económica, en la convicción de que no se erradica el crimen pero se mantiene en márgenes comunitariamente soportables.

De lo dicho se infiere la pérdida de relevancia de la imputación subjetiva por mediación de la culpa, en beneficio de un enfoque más centrado en la peligrosidad y en la aplicación de medidas de seguridad, en lo que puede ser un anuncio anticipado –añadimos nosotros– de un alejamiento de la propia categoría dogmática de la culpa. También en la *prisión como medio privilegiado de contención* (sustitución del *correctional continuum* por el *custodial continuum*⁸), pero únicamente para aquellos victimarios que representan mayores riesgos de reincidencia; para los demás, la racionalidad económica aconseja medidas (sustitutivas) comunitarias, si es posible y adecuado, con monitorización electrónica. Así, es de destacar que dichas «penas de sustitución» que, muchas veces, son consideradas como una manifestación de un régimen punitivo menos severo, pueden, por el contrario, representar a una parte de un sistema penal en su global más punitivo, pero que sin embargo reconoce las ventajas –sobre todo económicas–, de un tratamiento diferenciado de la criminalidad. Del mismo modo, medidas como la *probation* y la *parole* pueden entenderse como “forma(s) de redistribuir el uso del encarcelamiento”⁹. En pocas palabras, parece haberse pasado de un ideal rehabilitador a una especie de “*ideal asegurador*” en el que las penas sustitutivas no son más que una pieza en la estrategia de reforzamiento del control social formal por medio del “*risk management*”.

A lo que se suma, insístase, la circunstancia de estar ante un sistema de “bifurcación” (pionero, BOTTOMS) en la medida en que, si se elabora una estratificación de los condenados, se les aplica la privación de libertad a los casos más graves y las *community-based sanctions* a los menos graves, cuestión esta que, por lo menos en los EUA, está comprobada por la triplicación del número de reclusos entre 1980 y 1990 y por el aumento, sensiblemente en la misma medida, de las sanciones comunitarias¹⁰. Otra relevante alteración del significado dogmático y político-criminal de las penas sustitutivas, como se ha destacado en la literatura anglosajona¹¹: más que *dos mundos estancos*, las penas y

prohibiendo la discriminación en el ámbito penal las que habrían recibido ese primer influjo. Es cierto, también, que nuestra rama del Derecho, a pesar de esas influencias, es todavía una de las que más reacciona a una cierta colonización estadística, en gran parte por ser, hasta hace poco tiempo, más «antropocéntrica» que «colectivocéntrica».

⁸ FEELEY/SIMON, «The new penology...», p. 459; HINDS, «Crime control in Western countries, 1790 to 2000», en PRATT et al. (eds.), *The new punitiveness. Trends, theories, perspectives*, 2005, p. 5, prefiere referirse a un «crime control continuum». Con razón se afirma en la introducción de la misma obra, p. xiii, que «[d]e un laboratorio social diseñado con el objetivo de mejorar [al condenado], la cárcel renace como un contenedor para los bienes humanos ahora eternamente reciclados a través de aquello que se ha convertido en un sistema de control “transcarcelar”».

⁹ FEELEY/SIMON, «The new penology...», p. 460.

¹⁰ MATTHEWS, «Rethinking penal policy: towards a systems approach», en ROGER MATTHEWS/JOCK YOUNG (eds.), *The new politics of crime and punishment*, 2003, p. 226.

¹¹ Muy claro, MATTHEWS, en MATTHEWS/YOUNG (eds.), *The new politics of crime and punishment*, 2003, pp. 226-233.

medidas de seguridad, por un lado, y las sanciones alternativas, por otro, acaban funcionando en muchos autores como un *continuo*, si se les aplican, unas y otras, a lo largo de las respectivas carreras criminales (funcionando así como un *sistema de vasos comunicantes* entre ellas).

Lo que importa, a nivel metodológico, es la cualidad del *follow-up* y no de una «radiografía» momentánea de la realidad estadística. En especial cuando, en virtud de las posibilidades tecnológicas del actual “admirable nuevo mundo”, la «*supervisión intensiva*» a través de mecanismos como la vigilancia electrónica, la localización por GPS y otras técnicas, se asumen como una *dritte Spur* (no ya en el sentido de la reparación) entre las tradicionales reacciones penales y las penas sustitutivas, lo que, quizá, según MATTHEWS¹², nos llevará a hablar de un «*sistema tripartito*» de consecuencias jurídicas del delito o de un movimiento de «*transcarcelización*» (*transcarceration*).

Por otro lado, en la senda de las tendencias casi esquizofrénicas que hemos anunciado, al *punitive turn* se ha asociado el *victimological turn*¹³. No obstante, la paradoja es solamente *aparente*. De hecho, el protagonismo del papel de las víctimas en el proceso penal puede suponer la pérdida del papel central del acusado en el proceso, hacia una perspectiva más *comunitarista* de protección de la sociedad, en la que esta mayor participación sea, finalmente, *otra forma de control social*. De ahí que, no solo no sean incompatibles los dos movimientos que, normalmente son tratados como disonantes, sino que en gran medida, forman parte de una misma orientación punitiva, con ganancias para las víctimas, que ven como «se hace justicia», reforzando la vertiente general-preventiva y de resarcimiento de la pena. Entendemos que se trata, eso sí, de un modo un poco diferente de ejercer el poder, pues en realidad, como DURHKEIM y muchos otros han demostrado, *la punición radica en la pasión*, en el deseo de dominar a los otros. Del mismo modo, las estructuras más o menos punitivas de una sociedad resultan de las diversas formas de ejercer lo *político*¹⁴, más que de factores culturales intrínsecos.

3. El concepto de *punitive turn*

Fue GARLAND el primer autor en acuñar la expresión¹⁵. Se ha dicho muchas veces que una de las grandes cuestiones del problema que aquí tratamos (quizá la más importante) consiste, desde luego, en saber qué se entiende por este cambio punitivo. Se trata de un

¹² MATTHEWS, en MATTHEWS/YOUNG (eds.), *The new politics of crime and punishment*, 2003, pp. 229-230.

¹³ *Inter alia*, EMMA BELL, «Anglo-saxon sociologies of the punitive turn: a reply. Réponse à Nicolas Carrier», *Champ Pénal* (CP), 2010, pp. 5-6.

¹⁴ Lo afirma con insistencia BAKKEN, «The culture of revenge and the power of politics: A comparative attempt to explain the punitive», *Journal of Power*, 2008, pp. 169-187.

¹⁵ CARRIER, «Anglo-saxon sociologies of the punitive turn. Critical timidity, reductive perspectives, and the problem of totalization», *CP*, 2010, p. 12 (disponible en <http://champpenal.revues.org/7952> y accesible en octubre de 2011, como todos los sitios de internet mencionados en este trabajo).

concepto que ha irrumpido en la discusión penal y criminológica sin que, verdaderamente, sus límites se hallen definidas con el necesario rigor técnico-jurídico¹⁶. Además, esa es tal vez, una de las razones para el éxito de la expresión, en tanto que se acomoda a diversas realidades y da cuerpo a preocupaciones, motivaciones y consecuencias dispares. Un *Oberbegriff* fluido es, casi siempre, sinónimo de todo y de nada. Ahora bien, desde luego se debe buscar la definición más precisa posible de lo que quiera que sea el *punitive turn* y, en una segunda fase, aquilatar su novedad en relación a fenómenos registrados por la Historia del Derecho Penal. Lo mismo sucede con el concepto de «punitividad». COHEN¹⁷ la define como «coerción, formalismo, moralismo e infligir dolor en sujetos de derecho por un tercero», además de que casi siempre hay una carga negativa en la noción, asociada a la retribución, venganza y a la desproporcionalidad.

En cuanto a la expresión *punitive turn*, en línea con la anterior, existe cierto consenso en que se caracteriza por un retorno a las *perspectivas ético-retributivas* y, dentro de ellas, quizás a las más exacerbadas, y con poca preocupación por la proporcionalidad entre la gravedad del ilícito y de la sanción. De esto se deriva un endurecimiento de las sanciones penales establecidas para la mayor parte de los delitos (que llegan a una defensa más encarnizada de la pena de muerte en algunos Estados de los EUA) o, por lo menos, de algunos tipos legales, así como en una *neo-criminalización creciente*, o en un entendimiento del *ius puniendi* fundamentado en presupuestos *eficientistas*, «*actuarialistas*», de «*managerialismo*», con la consecuente visión del autor delictivo, como una disfunción sistémica que urge regular de modo económicamente racional. Además de la utilización de la *prisión* como una forma de sancionar que deja de ser de *ultima ratio* para pasar a ser, a menudo, de *prima ratio*, cuestión esta, que hace crecer una visión dispar sobre su finalidad y sobre el sentido de la ejecución. O también la aplicación de *sanciones degradantes e infamantes* (v. g., las *shame sanctions*) y un tratamiento penitenciario poco conciliador con la dignidad de las personas (v. g., el uso de cadenas en los reclusos). Hay, aquí, un elemento *cuantitativo* (el aumento exponencial de la población penitenciaria, en especial en los EUA) y dos elementos *cualitativos*: la creación de un *espacio post-disciplinar*, si usamos un lenguaje *foucauldiano*, y de una punición cada vez más «expresiva», pública y publicitada. Ésta estaría presente, p. ej., en las políticas de «tolerancia cero» y en acciones destinadas a proteger a la comunidad, muchas veces marcando (en la verdadera acepción de la palabra) a los autores de determinados crímenes¹⁸.

¹⁶ Incluso para autores que proclaman la existencia de un verdadero *punitive turn* y que consideran que existe ya suficiente evidencia empírica en ese sentido – Confróntese BELL, «Anglo-saxon sociologies...», p. 2.

¹⁷ Citado por MATTHEWS, «The myth of punitiveness», *Theoretical Criminology (ThCrim)*, 2005, p. 178. Este autor, aunque dubitativo, parece preferir el término «tolerancia» (*toleration*) al de «punitividad», por ser «más dinámico, relacional y menos rígido» (*ibidem*, p. 181). En verdad, no vislumbramos ventajas reales en ese cambio nominativo.

¹⁸ CARRIER, «Anglo-saxon sociologies of the punitive turn. Critical timidity, reductive perspectives, and the problem of totalization», *CP*, 2010, pp. 3-6.

Explicitemos mejor dos conceptos: “*actuarialismo*” y “*managerialismo*”. El “*actuarialismo*” es una técnica que nace con el aumento exponencial de los accidentes de trabajadores de la industria, tras el renacimiento económico posterior a la II Gran Guerra, y con los procesos judiciales contra sociedades comerciales en las que los consumidores exigían indemnizaciones por daños derivados de productos defectuosos u otros hechos generadores de responsabilidad civil obligacional derivada de relaciones de consumo.

Debido a esto, y con el fin de limitar los perjuicios económicos, los responsables de las empresas (en especial las compañías de seguro), comenzaron a echar mano de estudios estadísticos que les permitían prever el grado de riesgo que podía acarrear determinado trabajador, consumidor o una situación concreta con la cual negociaban. En función de ese *risk assessment*, se limitaría la oferta de ciertos productos o el tipo de tareas confiadas a un trabajador.

Al aplicar estos conceptos al Derecho Penal, cabe decir que no eran del todo desconocidos para nuestra rama. Basta pensar en las «tablas de pronóstico» u otros métodos de predicción de la peligrosidad del delincuente que se remontan ya a LOMBROSO¹⁹. Por vía de elementos como la edad, la existencia de antecedentes penales, la inserción profesional, familiar, económica y social, los Estados pasan a disponer de instrumentos que los habilitan para hacer previsiones, dentro de los parámetros de la probabilidad estadística, de cuál es el riesgo de reincidencia de un delincuente concreto. De ahí la facultad de una adaptación más individualizada de las sanciones – p. ej., encarcelamiento extensivo para los más peligrosos y medidas como las de sustitución de la pena de prisión para aquellos con menor potencial de reincidir.

Este pensamiento llevó también a que en los EUA las penas pudiesen ser, por lo menos en una época dada, de duración indeterminada, en función de la peligrosidad del autor y respectivo cese, convirtiéndose así, a ojos de nuestra dogmática, en verdaderas medidas de seguridad. Esta indeterminación condujo y conduce – excluyendo la inconstitucionalidad material que tales normas padecerían en Portugal (nuestra pena relativamente indeterminada es bastante distinta a las *indeterminate sentences* norteamericanas²⁰) – a manifiestas injusticias y, por ello, a reacciones negativas de la propia comunidad. De lo que se concluye que los métodos “*actuarialistas*” ya habían sido defendidos como una manera de disminuir la población carcelaria, en la medida en que una cuidada evaluación del

¹⁹ COHEN, *The new penology: how courts sentencing practices have been influenced by the growing emphasis on actuarialism and managerialism*, 2003, pp. 19-23.

²⁰ O del Reino Unido, p. ej., donde, en la secuencia de pronunciamientos del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, se va entendiendo que estas decisiones judiciales están compuestas por dos partes: una «tarifada» (*tariff*), cuyo *quantum* de pena no puede ser alterado ni reducido de modo alguno, y otra que, yendo más allá, debe admitir la posibilidad de concesión de libertad condicional, *rectius*, por lo menos la facultad de una *hearing audience* ante un *Parole Board*, aunque sea para las *indeterminate sentences* resultantes de delitos de homicidio – véanse las noticias en PADFIELD, «What are prisons for?», *The Cambridge Law Journal* (CLJ), 2002, pp. 508-511, y de la misma autora, «Indeterminate sentences... again», *CLJ*, 2003, pp. 247-250.

riesgo que representan ciertos condenados puede entrañar la aplicación de medidas diferentes a las privativas de libertad.

Esta idea de *prediction*, con todo, es duramente criticada por autores como HARCOURT²¹ que la consideran una simple forma de agravar la actual situación, cuya respuesta debe orientarse a la reducción de la admisión de la propia prisión, a través de la cambio del sistema penal en ámbitos como la eliminación de las sanciones mínimas obligatorias, o de los excesos de la *war on drugs*. En los EUA además de esto, los métodos de predicción han sido responsables, desde las décadas de los 50 y los 60 del pasado siglo, en la época del proceso de desinstitucionalización de los enfermos mentales, del aumento de la población negra sujeta a esas medidas, y ello porque como es sabido el primer método de verificación del riesgo, ahora en el contexto de *parole* de la autoría de ERNEST BURGESS, consideraba, *inter alia*, la nacionalidad y la raza del padre del autor como uno de los factores a tener en cuenta. A esto habrá que sumar la posibilidad de que esos métodos conduzcan a una «incapacitación selectiva» de aquellos que son identificados como portadores de un mayor riesgo. Es decir, a pesar de que se reconozca que en ciertas áreas de nuestra rama del Derecho el “*actuarialismo*” puede y debe tener lugar, esto no supone una total sustitución de los juicios personales (denominados *clinical judgements*), en especial en los dominios en los que pueden tener lugar fenómenos raros no llevados a la ecuación actuarialista, pero sí percpcionados por la inteligencia y hasta por la intuición humanas²².

Por su parte, el “*managerialismo*” va de la mano del pensamiento “*actuarial*”. A la «crisis de la resocialización», iniciada en la década de los sesenta del pasado siglo, y ya muy avanzada en la década siguiente, habían contribuido, entre otras ideas, la conclusión de que la personalidad de los delincuentes no puede ser modificada, o de que ello genera intrincados problemas éticos, a la par del ya citado fallo en la imposición de penas de duración indeterminada. Después de esta crisis a la que nos hemos referido, el foco pasa a ser una gestión racional y eficiente de los conflictos penales. De aquí resulta la estratificación de los delincuentes como más o menos peligrosos, y se aplica a cada una de las categorías un conjunto distinto de reacciones penales, más o menos graves para los respectivos derechos fundamentales. Así se conseguiría una eficiencia que deriva en *sentencing guidelines* con frecuencia más severas, en línea con el *punitive turn*.

Per summa capita, existe cierto consenso en elegir tres características como ejes del *punitive turn*: en primer lugar el *carceral boom* (aunque haya una tendencia errónea en limitar el cambio punitivo a esto²³), en segundo lugar la creación de una sociedad «post-disciplinar» en la que la resocialización es sustituida por la mera contención de los individuos en los

²¹ HARCOURT, «Risk as a proxy for race», *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, September 2010, disponible en <http://www.law.uchicago.edu/files/file/535-323-bh-race.pdf>.

²² GOTTFREDSON/MORIARTY, «Clinical versus actuarial judgments in criminal justice decisions: should one replace the other?», *Federal Probation*, 2006, pp. 15-18.

²³ Con razón, HALLSWORTH/LEA, «Confronting the criminology of complacency: a rejoinder to some recent critiques of the “punitive turn”», 2008, p. 12 (disponible en <http://www.bunker8.pwp.blueyonder.co.uk/misc/complacency.html>).

establecimientos penitenciarios²⁴ y, por último, una acentuada politización del debate penal, *populista* y que propugna aplicaciones de sanciones más duras, aunque solamente en el plano *simbólico*.

Conforme ALBRECHT/VAN KALMTHOUT²⁵, las razones de este aumento de la población penitenciaria tienen que ver sobre todo, con la aparición de una gran escala de criminalidad asociada al consumo y al tráfico de estupefacientes, así como con la política de *getting tough on drugs*. Es esencial subrayar, tal y como estos autores lo hacen²⁶, que a partir de la década de 1990 lo que importa es eliminar todas las fuentes de financiamiento de las organizaciones criminales, con el reforzamiento del instituto de la pérdida, p. ej., asistiéndose a un refuerzo de una perspectiva claramente inocuizadora, en detrimento de la figura rehabilitadora y resocializadora que comandó, en lo esencial, la política criminal en las décadas de los 60 y los 70. Es más, se acepta que esa lucha contra las formas más graves de criminalidad se haga vulnerando garantías básicas del proceso penal como la centralidad de la identificación del contenido de la culpa y el respeto por el principio de presunción de inocencia. De aquí se deriva la idea de que el Derecho Penal, al menos en algunos sectores, responde a una verdadera carga de la prueba, muchas veces invertida contra el acusado. No andamos lejos de construcciones como la del *Feindstrafrecht*²⁷.

²⁴ No estamos de acuerdo con BELL, «Anglo-saxon sociologies...», pp. 4-5, cuando afirma, siguiendo a MORGAN, que el «ideal neo-rehabilitador» es por sí mismo una cuarta característica que marca el cambio punitivo, si entendemos que el concepto de sociedad posdisciplinar ya incluye esta nueva perspectiva.

²⁵ ALBRECHT/VAN KALMTHOUT, «Intermediate penalties: european developments in conceptions and use of non-custodial criminal sanctions», en ALBRECHT/VAN KALMTHOUT (eds.), *Community sanctions and measures in Europe and North-America*, 2002, pp. 2-6.

²⁶ ALBRECHT/VAN KALMTHOUT, en ALBRECHT/VAN KALMTHOUT (eds.), *Community sanctions and measures in Europe and North-America*, 2002, pp. 8-9. Del mismo modo, en los EUA, Confróntese la periodización de las últimas décadas, de la autoría de FRANKLIN E. ZIMRING, «Penal policy and penal legislation in recent American experience», *Stanford Law Review (SLR)*, 2005, pp. 323-338: a partir de 1985 (al contrario de lo que había sucedido hasta ese momento, la legislación criminal representa un factor importante en la aplicación práctica de esta rama del Derecho, esencialmente por vía de las normas sobre la *war on drugs*); de 1993-2002, momento en que se asiste a un fuertísimo crecimiento de la población penitenciaria, a través de medidas destinadas a aumentar la duración de las penas, como la legislación *three strikes* y cambios a nivel de las reglas de *sentencing*. En este inicio de siglo, de acuerdo con ZIMRING, las principales barreras para una disminución de los reclusos son más políticas que estructurales (*ibidem*, p. 338).

²⁷ Lo cual no puede ser comprendido, en nuestra opinión, sin el dominio de la obra de CARL SCHMITT, *Der Begriff des Politischen* (utilizamos *The concept of the political*, 2007). *Per summa capita*, el constitucionalista que entendía que el Estado tenía por función esencial realizar el Derecho, reconducía todas las actividades humanas a lo «político», al ejercicio soberano. Y para esa noción era también crucial la dicotomía *amigo/enemigo*, como realidad ínsita a cualquier Estado, lo cual no tiene que ser detestado personalmente, sino como miembro de un grupo más extenso, y que le confería unidad: nada une más a una forma de organización político-social que un enemigo común, bien visible en el análisis de la guerra que SCHMITT emprende (*ibidem*, pp. 5-10). Aunque la economía vea al enemigo como a un *competidor* y el pensamiento más intelectualizado como a un *adversario de debate*, la verdad, para el autor, es que ese enemigo es siempre un *hostes* que importa combatir, tal como la vida es una lucha constante (*ibidem*, pp. 27-28, y 33). «[U]n mundo completamente pacificado sería un mundo sin la distinción entre amigo y enemigo y, en consecuencia, un mundo sin política» (*ibidem*, p. 35; en el mismo sentido, pp. 53-54). Véase ARTHUR KAUFMANN, «National socialism and German jurisprudence from 1933 to 1945», *Cardozo Law Review*, 1988,

Estamos en el mundo del *puro pragmatismo*²⁸ y de la estricta racionalidad en la actuación penal, la cual se mide no solamente en la búsqueda de soluciones capaces de impedir la continuación de la actividad delictiva, sino también en aquellas que, desde un punto de vista económico, presentan un coste más bajo de intervención.

2. Los movimientos de *law and order* subordinados a una lógica instrumental «del Estado burocrático racional»²⁹ contribuyen, de forma significativa, a una concepción de los objetivos de las penas que apuesta por una especie de «neoretribucionismo», aunque conjugado con una visión preventiva-general y especial negativa que impulsa la desproporcionalidad entre la gravedad del hecho criminal y la severidad punitiva.

Así pues, es una forma ético-retributiva que, *aunque no excluye la culpa* como criterio apreciativo de la existencia del delito y de la respectiva pena, se puede decir que la utiliza de modo *funcionalista*, en el sentido en el que esta es, muchas veces, un *indicio de «peligrosidad»* cautelado por la visión preventiva-general y especial negativas. Esta última configuración de la pena justifica la elevación de los marcos penales abstractos y, en los países que los conocen, *sentencing guidelines* más duras y que eligen la privación de libertad como adecuada a un mayor número de delitos, vertidas en *tablas de conversión* que reducen el papel del juez³⁰ y, en algunos estados norteamericanos, le impiden tener en cuenta factores como la edad, la situación económica y financiera, el grado de preparación para

pp. 1629-1649, sobre el papel que el resto de la doctrina tuvo en la afirmación de «enemigos del Estado» en el régimen nacionalsocialista alemán, con una concepción organicista del poder en que los derechos subjetivos eran apartados a favor de una idea de «bien-común», de una voluntad del Führer como voluntad animada del Volk y como intérprete privilegiado del Volksgeist, concluyéndose así dada su infalibilidad. De ahí el rechazo del ideario liberal protagonizado por la República de Weimar (1919-1933), considerada como el «sistema» que urgía combatir, a pesar de voces aisladas como las de RADBRUCH, que alertaban sobre una «heraufdrohenden Rebarbarisierung» («renovada amenaza de la barbarie») – *ibidem*, p. 1633. Se entiende, así, el rechazo de los derechos fundamentales de cariz individual y, hasta, la limitación de la *Rechtsfähigkeit* y del *Rechtssubjekt* a aquellos que tenían origen germánico, en lo que era visto como una afirmación de la propia igualdad, ahora ya no entre todos los habitantes de Alemania, sino entre todos los iguales en la superioridad aria.

²⁸ A cuyo panegírico contribuyen cada vez más autores, en especial aquellos que se reconocen en el llamado «análisis económico del Derecho», como sucede con POSNER («The role of the judge in the twenty-first century», *Boston University Law Review*, 2006, pp. 1049-1068), admitiendo que, a pesar de la necesidad de que los jueces sean cada vez más pragmáticos, la mejor forma de que ese desiderato se alcance pasa por aceptar que las influencias personales (ideológicas, morales, religiosas) son una constante en el proceso decisorio, lo que retira cualquier posibilidad (hiperbólica, esta observación) de «objective assessment».

²⁹ HALLSWORTH, «Rethinking the punitive turn. Economies of excess and the criminology of the other», *Punishment & Society (P&S)*, 2000, p. 146. LOÏC WACQUANT, «Neoliberal penalty at work: a response to my Spanish critics», *Revista Española de Sociología*, 2011, pp. 118-119, retomando el concepto de BOURDIEU, usa la expresión «campo burocrático» (*bureaucratic field*) como un espacio de luchas por discursos y prácticas en que los pobres son tratados entre fuerzas muchas veces divergentes entre sí y que apuntan hacia una «integración del análisis de las políticas de bienestar social y las políticas criminales».

³⁰ En especial cuando van acompañados de un sistema de *plea bargaining*, en que se es condenado no por aquello que efectivamente ha ocurrido, sino por lo que fue acordado que ha sucedido entre el *public prosecutor* y el autor del crimen (insiste en este punto CHRISTIE, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del Holocausto?*, 2006, pp. 142-143, y *Idem*, *A suitable amount of crime*, 2004, p. 55).

una vida conforme al Derecho. Todos elementos que, en nuestro ordenamiento jurídico, son factores irrenunciables de medida de la pena.

Si seguimos el camino de los presupuestos positivistas, la *disciplinary society*³¹ pretendía, por vía de la resocialización (de varias formas), transformar a los delincuentes en «individuos saludables, normalizados, dóciles y productivos», e incluso en el ideal de crear una sociedad libre de crimen³². Como se ha dicho, se vive hoy en una sociedad «post-disciplinar», en la que se abandona (por lo menos en ciertos ámbitos del discurso) el ideal de la resocialización y en la que la recuperación del condenado en alguien socialmente útil, es tarea primordial del propio autor del crimen, y es una forma de protección de la comunidad. En la línea apuntada por MORGAN³³, casi se puede hablar de un «ideal neo-rehabilitador», plagado de concepciones “*managerialistas*”, de contención de riesgos a través de la estratificación de los condenados por peligrosidad³⁴. Una pura marca de *utilitarismo*, en tanto que la resocialización está al servicio de la comunidad y de las víctimas y no de los autores de los delitos.

3. Así situados, veamos ahora la división de los autores al respecto de considerar a éste como un *fenómeno nuevo* de los tiempos actuales o, por el contrario, una simple *emanación de una evolución antigua* o, en otra perspectiva, una *natural evolución de un «paradigma moderno»*³⁵ (nacido aproximadamente a partir del siglo XVII con el desarrollo del capitalismo) o, por último, como una *repetición cíclica de la Historia*.

³¹ Bien representada, p. ej., a través de los *boot camps*, inspirados en el modelo militar y especialmente destinados a los jóvenes delincuentes, en aquello que ya ha sido identificado como la sustitución de un anterior modelo de disciplina – la *fábrica* (Confróntese FEELEY/SIMON, «The new penology...», pp. 463-464). Para una visión de la sociedad disciplinar aplicada al *Welfare State*, vide EINAR ØVERBYE, «Disciplinary Perspectives», en PIERSON/OBINGER *et al.*, *The Oxford handbook of the Welfare State*, 2010, pp. 152, ss. HALLSWORTH, «The case for a postmodern penalty», *ThCrim*, 2002, pp. 150 y 152.

³² HALLSWORTH, «The case for a postmodern penalty», *ThCrim*, 2002, pp. 150 e 152.

³³ Citado por BELL, «Anglo-saxon sociologies...», p. 4.

³⁴ La misma idea aplicada a las estrategias de control policial se encuentra bien documentada en DENISE MARTIN, «The politics of policing: managerialism, modernization and performance», en MATTHEWS/YOUNG (eds.), *The new politics of crime and punishment*, pp. 154-177, que, centrándose en la era del *New Labour*, explora los aspectos en los que se intentó, por vía del *Crime and Disorder Act 1998*, una relación más estrecha entre la policía y la comunidad, en una senda de «modernización», la cual, sin embargo, no alcanzó los resultados deseados, muy en virtud de la incapacidad (¿imposibilidad?) de corte con el continuo *managerialista* que venía de anteriores poderes ejecutivos (*ibidem*, en esp., pp. 166-167, y 173).

³⁵ Parece ser la posición de HANNAH-MOFFAT, «Criminogenic needs and the transformative risk subject», *P&S*, 2005, pp. 29-51, que defiende que la resocialización continúa existiendo, aunque ahora con diversas características, mucho más adaptadas al *risk assessment* y a nuevas metodologías que hasta se pueden revelar como más fructíferas, identificándose lo que se designa por «necesidades criminogénicas» de los delincuentes, al contrario de una visión *welfarista* más centrada en la responsabilidad comunitaria de la rehabilitación. Esta evaluación de riesgo está centrada en procesos dinámicos y no estáticos, y que pueden ayudar en lo que la autora designa como «nueva rehabilitación» (*ibidem*, p. 44). Como ya hemos subrayado, ese es un deber que pasa ahora a ser afrontado, en primera línea, como una obligación del

También es objeto de controversia la circunstancia de si estamos o no ante una tendencia político-criminal que surge marcada por el ambiente político en que vivimos o, por el contrario, desligado de él o, cuando menos, no directamente influenciado por él.

Comenzando por el primer aspecto, sabemos que el concepto de «posmodernidad» es bastante polémico. Si existen académicos que lo defienden (SIMON, PRATT, HALLSWORTH, entre tantos), otros, como GARLAND, LUCKEN o O'MALLEY³⁶, no encuentran evidencias empíricas de una «nueva penología» (COHEN)³⁷, a pesar de que confirmen, como así hace el primero, la existencia de un verdadero *punitive turn*. Esta es, por cierto, la crítica más contundente que se puede hacer, ya que niega, en absoluto, la existencia de una real alteración en la severidad punitiva. A pesar de esto, sin embargo, se debe a GARLAND la defensa de una «Criminología del otro» como proceso irracional.

Siguiendo a BAUMAN, las sociedades coetáneas producen un «paradigma de la exclusión», visible, desde luego, en la forma que el modelo de aislamiento en las prisiones norteamericanas viene empleando últimamente. En este sentido, se utiliza muchas veces el ejemplo de la prisión de Pelican Bay (California) como una especie de nuevo Panóptico benthamiano, en un equilibrio entre *orden* y *norma* en el que esta última está al servicio del primero, entendido como segregación de los no aptos para la convivencia social³⁸. Nada menos seguro, sin embargo, es la certeza de que estamos ante un nuevo modelo de administrar la justicia penal.

autor, hablándose de un *downgrading* de la rehabilitación de un *derecho* (subjetivo) a solamente una estrategia más, de entre varias, para el control de la criminalidad (Confróntese. LEWIS, *apud* HALLSWORTH/LEA, «Confronting the criminology of complacency...», p. 5).

³⁶ Este autor ha destacado en el debate por lo que denomina como «criminologías de la catástrofe», entendiendo que el *penal welfarism* continúa vivo y que aquellos que se inclinan por un cambio de «paradigma» no hacen más que buscar una «quimera». Los ejemplos de otros Estados en que el *punitive turn* no se verifica del todo, serían la mejor prueba de que no se trata de un fenómeno universal o, pretenden algunos – en lo que no se puede honestamente aceptar –, que éste pura y simplemente no existe.

³⁷ Existen incluso otros, como MATTHEWS, para quien el torrente de cuestiones que las sociedades modernas hoy tienen que tratar es tal que hay una desviación en cuanto al crimen, siendo este solamente *un fenómeno más* que debe ser tratado basándose en análisis de riesgo (Confróntese HALLSWORTH/LEA, «Confronting the criminology of complacency...», p. 9).

³⁸ BAUMAN, «Social issues of law and order», *British Journal of Criminology (BJCrim)*, 2000, pp. 205-221. En ese establecimiento penitenciario, el contacto con los guardas de la prisión y con los demás reclusos es reducido al mínimo, a través de la utilización de medios de control electrónico a distancia y de una severa política de aislamiento en celdas casi siempre sin ninguna ventana. Se habla cada vez más de una «prisionización» (*prisonization*, DONALD CLEMMER) de los reclusos, de una «técnica de inmovilización», como contrapunto de la propuesta resocializadora en agonía o incluso ya muerta, así como en una concepción de la cárcel como «alternativa al empleo», *i. e.*, una forma de contener dentro de paredes a una parte de la población que no es necesaria como productora de algo y para quien no existe trabajo disponible.

Es cierto que se asiste, como dice CHRISTIE, a un *aumento de la imposición del dolor* como estrategia de control social (« (...) el dolor se convierte en unidad monetaria (...)»³⁹), en donde antes existía cierta «vergüenza» y «*parcimónia*»⁴⁰.

La desigualdad en el acceso a la riqueza y al trabajo remunerado,⁴¹ alimenta toda una estrategia de control que tiende a transformarse en una especie de *gulag* occidental cuyo gran riesgo no es el delito en sí, sino el hecho de que el respectivo tratamiento nos puede aproximar, peligrosamente, a sociedades totalitarias. Los desempleados, los excluidos, no teniendo nada que perder (CHRISTIE les llama «accionistas de la nada»⁴²), son tratados como *alienus* (estrategia de *despersonalización*⁴³), en la medida en que, siendo así, es más fácil infligirles niveles de dolor desproporcionados. En contrapunto, el criminólogo presenta lo que sucede en algunos Estados europeos del Norte en los que entre la fecha de la fijación de la pena y de la respectiva aplicación, fruto de raíces culturales profundas, puede mediar un lapso temporal más o menos amplio, lo que ayuda a hacer frente al criminal como «uno de nosotros» e introduce «*parcimónia*» en la actuación de la policía y de los tribunales, porque saben que no existe respuesta más rápida (del Estado) para la privación de libertad.

Del mismo modo, CHRISTIE levanta su voz contra las cárceles privadas, afirmando que el crimen es un negocio, con sus *stakeholders*, responsable de la creación de empleos, de infraestructuras y de una panoplia de relaciones jurídicas de considerable valor económico (*the prison-industrial complex*)⁴⁴. Argumenta que la entrega de los establecimientos penitenciarios a privados hace desaparecer la *dimensión comunitaria del castigo*, sobre todo porque los fracasos de alguien que está funcionalmente vinculado al Estado es una vergüenza para los demás ciudadanos⁴⁵. Más aún, en la senda de YOUNG⁴⁶, la *terciarización*

³⁹ CHRISTIE *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del Holocausto?*, 2006, p. 144.

⁴⁰ HALLSWORTH, «The case for a postmodern penalty», *ThCrim*, 2002, p. 149. Resaltando el papel de la «*parcimónia*» y de la «igualdad proporcional» como fines de las penas y manifestándose contra los principios del *just deserts*, entre otros de ROBINSON, Confróntese FRANKLIN E. ZIMRING, «Principles of criminal sentencing, plain and fancy», *Northwestern University Law Review*, 1987, pp. 73-78.

⁴¹ En otro escrito, CHRISTIE (*A suitable amount of crime*, 2004, pp. 36-37) indica además la pérdida de importancia de los académicos y de los estudiosos del Derecho Penal y de la Criminología en el momento de toma de opciones políticas.

⁴² CHRISTIE, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del Holocausto?*, 2006, p. 68.

⁴³ También, del mismo autor, CHRISTIE, *A suitable amount of crime*, 2004, p. 49.

⁴⁴ Es interesante observar, como recuerda DAN MARKEL, «Are shaming punishments beautifully retributive? Retributivism and the implications for the alternative sanctions debate», *Vanderbilt Law Review*, 2001, p. 2177, que los establecimientos penitenciarios privados nacen en los EUA, en el s. XIX, después de la Guerra Civil, por necesidades económicas de los Estados Confederados, que entregan a la iniciativa privada la gestión y seguridad de varias cárceles a cambio de dinero para evitar la bancarrota, ya que esas empresas usaban a los reclusos como mano de obra para venderla a terceros. Naturalmente que, para maximizar las ganancias, las condiciones de vida en las prisiones eran deplorables. Con el tiempo, los Estados volvieron a asumir la gestión de esos espacios, hasta que, con la administración Reagan, en la década de 1980, retorna la idea de la privatización.

⁴⁵ CHRISTIE, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del Holocausto?*, 2006, pp.21-24, 30, 41-44, 48, 98, e 109-110.

de los establecimientos penitenciarios, los transforma en negocios con fines lucrativos que, así, deben reducir costes en todo aquello que no sea esencial para el mantenimiento sistémico. Por lo tanto los programas de resocialización, y un contacto más directo entre los trabajadores del ámbito penitenciario y los reclusos son lujos que no caben en el diccionario economicista, porque no se han comprometido en la lucha contra la reincidencia, en tanto que ésta es una fuente alimentadora de la capacidad instalada.

Esta es, sin duda, una visión que podrá corresponder a una (parte) de la realidad en países de otras latitudes, más integrados socialmente y con una tradición cultural más ligada a la responsabilidad⁴⁷ y al *Welfare State*⁴⁸, pero que no tiene lugar en Estados que, como en

⁴⁶ MATTHEWS, «Rethinking penal policy: towards a systems approach», en MATTHEWS/YOUNG (eds.), *The new politics of crime and punishment*, 2003, pp. 238-242.

⁴⁷ En el binomio del texto, quizás en los países del centro de Europa, *maxime* en Alemania (los llamados *sistemas bismarckianos*), la responsabilidad se encuentra más asociada a las exigencias de un Estado del Bienestar. Fruto de un entendimiento de la intervención del Estado a la luz del principio de la subsidiariedad (originario del Derecho Canónico y muy enraizado en el pensamiento de Alemania o de Francia, p. ej.), fueron los profesionales los que, recuperando así una tradición medieval de los gremios, se fueron asociando y cotizando para constituir las *Kassen* o *Caisses* (en territorio galo), gestionadas como asociaciones autónomas del Estado. Cuando Bismarck, a finales del s. XIX (1883, 1884 y 1889), pretendió una intervención estatal más fuerte, al hacer obligatorios los sistemas de seguridad social por enfermedad, vejez, invalidez y accidentes de trabajo, se enfrentó a la resistencia de las *Hilfskassen* (*friendly societies*, en el Reino Unido, *sociétés de secours mutuelles*, en Francia) que desconfiaban de lo que entendían que era una intervención autoritaria y abusiva del Estado. Confróntese BRUNO PALIER, «Continental Western Europe», en CHRISTOPHER PIERSON/HERBERT OBINGER *et al.*, *The Oxford handbook of the Welfare State*, 2010, pp. 601, ss. Creemos que este tapón histórico ayuda a explicar la menor dependencia de las entidades centrales que tienen algunos pueblos, como el germánico, cuando se comparan, p. ej., con la Europa meridional.

⁴⁸ Para una visión rápida de las principales causas que, después de la II Guerra Mundial condujeron al Estado de Bienestar, sobresale que su idea matriz cuenta con una antigüedad secular, ya que bebe de tradiciones morales y religiosas como la de Confucio, del Islam o del Cristianismo, a pesar de que el concepto en sentido moderno sea europeo y haya nacido en el Reino Unido, confróntese GOUGH/THERBORN, «The Global Future of Welfare States», en PIERSON/ OBINGER *et al.*, *The Oxford handbook of the Welfare State*, 2010, pp. 703, ss. Estos autores (*idem*) agrupan en cinco esos factores: *industrialización* (éxodo rural, pérdida de lazos de pertenencia a una gran familia capaz de dar una protección mejor, formación de gremios profesionales), *intereses* (de los trabajadores que se asocian en sindicatos y partidos políticos), *instituciones* (centralización del poder en los Estados, depositado en instituciones fuertes, dando cuerpo al *Rechtsstaat* burocrático, de lo que la unificación alemana posterior a 1899 es un marcado ejemplo), *ideas/ideologías* (tradición europea, de la doctrina social de la Iglesia y de dos ámbitos esenciales del Viejo Continente: el «liberalismo social británico» y el «republicanismo post-revolucionario francés»), e *influencias internacionales* (en especial de Alemania, como «motor económico» de Europa). A pesar de la multiplicidad de modelos, ASA BRIGG propuso una noción que ha sido ampliamente aceptada, pues entiende el Estado de Bienestar como aquel «en que el poder organizado es deliberadamente usado (...) para modificar el juego de las fuerzas de mercado en, por lo menos, tres direcciones: primera, garantizando a los individuos y familias un rendimiento mínimo; (...) segunda, disminuyendo el margen de inseguridad a través de la creación de mecanismos adecuados para permitirle a los individuos y familias ultrapasar ciertas «contingencias sociales» (...) que, de otro modo, conducen a (...) crisis; y, tercera, asegurando a todos los ciudadanos, independientemente de su respectivo estatuto o clase, los mejores niveles posibles sobre una cierta gama de servicios sociales predeterminados» (Confróntese

Portugal, siempre han caminado de forma peligrosa en este particular⁴⁹. En nuestra opinión, más allá de que no sea este el espacio y el tiempo para una discusión profunda sobre la materia, juzgamos que es esencial distinguir la *prisión privada* de la *administración privada de las prisiones*. Es decir, para nosotros, éstas deben continuar siendo propiedad del Estado, símbolo y concretización de su *ius puniendi* soberano, con control exclusivo de las funciones de administración, seguridad y conservación del orden en su interior, bien como en el llamado «tratamiento penitenciario», pero abierto a la posibilidad del concurso de particulares en actividades bien delimitadas como el abastecimiento de servicios de alimentación, higiene y medicina. Al fin y al cabo, nada muy diferente de lo que ya hoy está sucediendo.

Dicho esto, retomemos el pensamiento de CHRISTIE y veamos lo que él propone⁵⁰. Algo que no es, ahora, un abolicionismo más o menos radical como el que defendía al inicio de su

MOON, «The idea of the Welfare State», en KLOSKO (ed.), *The Oxford handbook of the history of political philosophy*, 2011, p. 660.

La obra fundamental sobre los diferentes modelos de Estado del Bienestar es considerada GØSTA ESPING-ANDERSEN, *Three worlds of welfare capitalism*, 2004, a pesar de no haber sido, obviamente, la primera sobre la temática, es importante sobre todo por la caracterización que ofreció, por las clasificaciones a las que procedió, que después han sido objeto de una controversia acentuada. Según él, existían, en 1990, fecha de la publicación del libro, el *modelo socialdemócrata o escandinavo*, el *liberal o anglosajón*, con preferencia por un sistema de *welfare* privada y con un Estado menos intervencionista, y el *conservador o continental*, esencialmente esforzado en hacer intervenir al Estado siempre en perspectiva subsidiaria frente al sector privado y a otras formas de organización de los trabajadores (*ibidem*, pp. 9, ss., e 191, ss.). Desde luego, una de las mayores críticas se refieren al hecho de que, más que analizar cuánto gastan los Estados en esta «cuestión social», es esencial verificar cómo lo hacen. A esto se une la no representación de la Europa mediterránea en esta tripartición, así como las cuestiones de género asociadas al desarrollo del Estado del Bienestar – *vide* ARTS/GELISSEN, «Models of the Welfare State», en PIERSON/OBINGER *et al.*, *The Oxford handbook of the Welfare State*, 2010, pp. 569-572. Para un análisis (que en el texto va dirigido al Reino Unido) de los respectivos presupuestos, confróntese CASTLES, «The English-Speaking Countries», en PIERSON/OBINGER *et al.*, *The Oxford handbook of the Welfare State*, 2010, pp. 630, ss. Inclínándose, hoy, hacia un «Estado inversor social» complementario del «Estado asistencial», *vide* HESSEL/MORIN, *Le chemin de l'espérance*, 2011, pp. 36-40.

⁴⁹ Para una caracterización del modelo de Estado del Bienestar en los países de Europa del Sur (Italia, España, Portugal y Grecia), Confróntese FERRERA, «The South European Countries», en PIERSON/OBINGER *et al.*, *The Oxford handbook of the Welfare State*, 2010, pp. 616, ss., donde se destaca que la existencia de rasgos distintivos comunes a estos Estados en esta temática comenzó a ser reconocida en la literatura apenas en la primera mitad de la década de 1990, y se procede a un análisis de las condiciones históricas derivadas de transiciones constitucionales a partir de regímenes fascistas, dictatoriales o autoritarios, a los que antes se había aliado un proceso tardío de industrialización, con fuerte intervención estatal («capitalismo asistido») y, si los comparamos con otros Estados, con un elevado nivel de protección de los trabajadores. Las primeras medidas típicas del *Welfare State* tuvieron lugar en Italia en 1898 (sistema obligatorio de protección de los trabajadores contra accidentes de trabajo) y en 1919 (sistema obligatorio de protección de los trabajadores en la vejez, invalidez y desempleo). En Grecia en 1915 y 1934, en la Península Ibérica en torno a 1919, aunque con un sistema más completo en Portugal en la década de los treinta y en España al inicio de los cuarenta.

⁵⁰ NILS CHRISTIE, *A suitable amount of crime*, 2004, pp. 75-76, 85, 95-96, y 108.

carrera académica⁵¹, pero que pugna – como la casi totalidad de los autores, por cierto– por un *minimalismo penal* incomprendido y *démodé* en los días que corren. Una justicia menos *vertical* (la expresión es del catedrático de Oslo), para la cual usa como metáfora las tablas de la Ley entregadas a Moisés, y más *horizontal*, participativa, con intervención de las comunidades locales, dotada de sanciones más flexibles y «creativas», dirigidas a la reconciliación y reparación, en ambiente de verdad y con capacidad de perdón.

4. Hay quien entiende por tanto, que la actual preocupación por la punitividad se parece más a una *obsesión* o a un *mito*⁵², permitiéndonos destacar en este sentido a ROGER MATTHEWS⁵³. El autor subraya los malos resultados empíricos que asocian el aumento de la punitividad a un verdadero cambio en la forma de intervención penal, a pesar de reconocer que en algunos Estados de los EUA esa relación se pueda establecer. Lo que no se puede es extrapolar para todos los EUA y, mucho menos, para la totalidad de los Estados del mundo. Igualmente tampoco se debe, porque el concepto de «posmoderno» está en alza, utilizar algunos datos de la realidad social que no son universales para darle contenido. Le correspondió, sin embargo, a BAUMAN, a través de la obra *Modernity and the holocaust* (1992), propugnar la *co-naturalidad de la violencia en relación a la modernidad*⁵⁴. Para el citado

⁵¹ Entiende hoy (*A suitable amount of crime*, 2004, pp. 80-82) que no siempre las víctimas desean encontrarse con los autores de los crímenes o viceversa, que puede haber fuertes presiones en el sentido de un acuerdo que no respeta las garantías mínimas de justicia y proporcionalidad (Confróntese, con insistencia, LAMAS, *A mediação penal de adultos. Um novo «paradigma» de justiça penal?*, 2008, pp. 130-135), y, al fin y al cabo, los tan malditos «rituales de la justicia» pueden ser útiles. En palabras suyas (*ibidem*, p. 81), «cuando las tensiones sean elevadas y la violencia inmediata sea inminente, los rituales del aparato penal, solemnes y tantas veces molestos y odiados, pueden tener un efecto calmante».

⁵² Como es sabido, ésta varía en función de elementos diversificados, entre los cuales están el grado de cohesión social y cultural de una sociedad, así como el conjunto de valores por los que se rige. Así, existen estudios que prueban una mayor receptividad de culturas como la japonesa más volcadas en la restauración y otras, como la norteamericana, más preocupadas por la retribución. Asimismo, al hacer un análisis ahora a nivel individual, una personalidad más *independent self-construal* es, tendencialmente, menos tolerante a la existencia del crimen, siendo más punitiva, en algunos aspectos casi dracónica, mientras que otra que conoce formas más gregarias (*interdependent self-construal*) reacciona mejor a propuestas de sanción en la comunidad y que podríamos apellidar «de sustitución», así como más sensible al sentimiento de justicia relativa, de proporcionalidad y de justicia procedimental – véase el estudio, en Alemania, de GOLLWITZER/BÜCKLEIN, «Are “we” more punitive than “me”? Self-construal styles, justice-related attitudes, and punitive judgements», *Social Justice Research*, 2007, pp. 457-478.

⁵³ MATTHEWS, «The myth of punitiveness», *ThCrim*, 2005, pp. 175-201.

⁵⁴ Aunque antes ya había sido defendido algo similar en la doctrina, como se puede ver en D’ANJOU/COZIEN/TOORN/VERKOEYEN, «Demanding more severe punishment», *BJCrim*, 1978, p. 326, que llamaba la atención sobre que el deseo de una mayor punitividad provenía, por regla general, de quien nunca había sido víctima de un crimen y pertenecía incluso a grupos en que esa probabilidad era menor. De modo interesante, además, los Autores ensayan una clasificación de la violencia, dividiéndola en aquella que está motivada por *consideraciones instrumentales* (la violencia es solamente un medio para conseguir un fin más amplio, por regla no violento, *v. g.*, en el robo o en el secuestro, actuando la punición como una forma de influenciar el comportamiento del autor), la que está motivada por la *obediencia* (se obedece a una autoridad o a una tradición, *v. g.*, ejecución de la pena de muerte o agresiones en el deporte incentivadas por los entrenadores; la sanción aparece, aquí, como la punición adecuada para un

autor, los horrores del régimen nacionalsocialista se justificaban por la propia naturaleza de esa época histórica, más que debido a individuos demoníacos surgidos de manera aislada. Estos formarían parte del engranaje social de un Estado burocrático propenso a esa misma violencia⁵⁵.

Elogiamos la síntesis de HALLSWORTH⁵⁶, al señalar que existen algunas razones fundamentales para que no se pueda hablar de un verdadero *nuevo paradigma posmoderno*. *Primo*, el análisis de riesgos y el «*managerialismo*» no son innovaciones actuales, pues ya se encontraban en el siglo XIX, en la manera en que los Estados imperiales gobernaban a sus súbditos; *secondo*, el grado de abstracción y la *fluidez de los conceptos* hoy utilizados para la referencia a la «posmodernidad» son elevados de tal manera, que les retiran eficacia explicativa, a lo que se suma la consciencia de que existe una enorme distancia entre esas proclamaciones teóricas y aquello que tiene lugar en la vivencia social-jurídica concreta; *tertio*, la permanencia de instituciones (*v. g.*, la prisión) en cualquiera de las épocas es indicio de continuidad y no de ruptura; *quatro*, la ya señalada confluencia de rasgos contradictorios de política criminal, en sentido ora punitivo, ora más centrado en la víctima, en lo que es considerado como una generalización de factores particulares, muchas veces confundiendo la *retórica* con la *realidad*, las apariencias con los fenómenos sociales profundos y la creencia ideológica con el pragmatismo de las soluciones⁵⁷. Dicho esto, y aún en la senda del mismo autor⁵⁸, es un hecho que las marcas de la modernidad pueden coexistir con las de la posmodernidad y que esta última no debe necesariamente verificarse sobre todos los aspectos de la intervención penal.

5. Merece aquí especial referencia el pensamiento de PRATT⁵⁹, que acuñó el término *castigo emotivo y ostentoso*⁶⁰ (*emotive and ostentatious punishment*), el cual ha tenido largo recorrido

comportamiento indeseado) y aquella que está motivada por la *agresión* (la violencia como fin en sí mismo) – *ibidem*, p. 327.

⁵⁵ HALLSWORTH, «Rethinking the punitive turn. Economies of excess and the criminology of the other», *P&S*, 2000, p. 147.

⁵⁶ HALLSWORTH, «The case for a postmodern penalty», *ThCrim*, 2002, pp. 146-147. Esto a pesar de que el autor concluye que, en su opinión, las recientes alteraciones en el Derecho Penal suponen la aparición de una sanción posmoderna. SUE PENNA/MAJID YAR, «From modern to postmodern penalty? A response to Hallsworth», *ThCrim*, 2003, pp. 469-482, critican esta posición, señalando que tiene vicios metodológicos, empíricos y conceptuales. En los primeros incluyen el hecho de que se generalizan epifenómenos y de que no se separa la retórica de la práctica; en los errores empíricos destacan que existen varios Estados en los que no se asiste a un endurecimiento penal, al contrario que en los EUA, lo que, una vez más, aconseja no generalizar el fenómeno; por último, el concepto de sanción posmoderna es de tal forma vago e impreciso (*potentially fatal indeterminacy* – *ibidem*, p. 474) que se hace científicamente inútil.

⁵⁷ En sentido próximo, MATTHEWS, en MATTHEWS/YOUNG (eds.), *The new politics of crime and punishment*, 2003, p. 224.

⁵⁸ HALLSWORTH, «The case for a postmodern penalty», *ThCrim*, 2002, p. 147.

⁵⁹ PRATT, «Emotive and ostentatious punishment. Its decline and resurgence in modern society», *P&S*, 2000, pp. 417-439.

⁶⁰ Este es el término adecuado, en portugués, y no *ostensible*, dado que lo que se pretende significar es que la punición pasa a ser exhibida con ostentación, de modo casi escandaloso, ruidoso, notorio.

en la doctrina⁶¹. SIMON⁶² habla incluso de la administración de la justicia penal como una especie de *teatro terapeutico* en que el autor del crimen debe demostrar, en público, lo que sintió en el momento de cometer el delito y la vergüenza que se espera que venga a experimentar de nuevo con la ejecución punitiva.

PRATT se acoge al pensamiento del sociólogo alemán NORBERT ELIAS que, como se entiende, aquí solamente puede ser tratado a modo de boceto. Se asistiría, así, actualmente, a una mutación en el sentido de que las sanciones penales dejarían de ser vistas con la frialdad, profesionalidad y alejamiento característico de un mero proceso racional, equilibrado y recto, para tomar cuerpo de una casi *irracionalidad emotiva* que quiere demostrar a la sociedad que la violación de las normas jurídico-criminales es intolerable, pero haciéndolo por medio de penas severas, desproporcionadas y en las que el *simbolismo*, más que el realismo, es una piedra de toque. Ahora, PRATT asocia este fenómeno al *proceso de civilización* y de «*incivilización*» de ELIAS, entendiendo que la actual senda corresponde a este último. Es decir, tras épocas como la Edad Media en la que esa ostentación punitiva era típica de una sociedad poco evolucionada, cuestión esta que se fue combatiendo en la Edad Moderna y Contemporánea, se habría ahora involucionado, perdiéndose la *auto-contención* típica de eras anteriores, aunque en un ambiente dotado de tendencias contradictorias y centrífugas que apuntan a una mayor punitividad y, p. ej., a un alargamiento de las sanciones sustitutivas, al «*vigilantismo*» y al «*managerialismo*». Todo ello fruto de las alteraciones producidas en el nivel de las *estructuras sociales* (*social habitus*⁶³, en la terminología eliasiana, más tarde desarrollada por PIERRE BOURDIEU) y de los *modos de conocimiento* (con una nueva percepción del riesgo, ahora predecible y comprensible) que se habrían dado de modo diferente en Estados como los del Sur de los EUA, en contraposición, v. g., a Escandinavia⁶⁴.

Así, en un Derecho Penal racional y «burocratizado», la estructura social se mostraría dotada de una autoridad central fuerte y con marcadas interdependencias, con un *habitus*

⁶¹ Aunque, como es normal, no hay unanimidad. MATTHEWS, «The myth of punitiveness», *ThCrim*, 2005, p. 188, rechaza la expresión y considera que las sanciones penales modernas son, eso sí, parte de un estilo de «regulación más administrativa e impersonal».

⁶² *Apud* MATTHEWS, «The myth of punitiveness», *ThCrim*, 2005, p. 177.

⁶³ El término es de difícil traducción, aunque se puede hablar de «hábito», en el sentido de conjunto de características, valores y definiciones aprehendidas y aprendidas a lo largo del tiempo y que dota al individuo de competencias sociales. Algo próximo al «hábito» en Medicina, como aspecto global del paciente, en una perspectiva holística (o del «hábito externo» usado en la Medicina Legal, en el momento, p. ej., de la realización de una autopsia).

⁶⁴ Para un análisis de la situación en esta zona del globo, de entre una miríada de publicaciones, ULLA V. BONDESON, «Levels of punitiveness in Scandinavia: description and explanations», en PRATT *et al.*, *The new punitiveness. Trends, theories, perspectives*, 2005, pp. 189-200. La autora da noticia de un aumento de la tasa de criminalidad en las últimas décadas, a pesar de que no se percibe un incremento de la sensación de inseguridad a niveles tan elevados como en otros países europeos. Asimismo, el Estado ha mantenido una política de intervención penal moderada, que se debe, *inter alia*, a la continuación de la importancia de un Estado del Bienestar, aunque haya señales de continua disminución del respectivo apoyo popular, *maxime* en las generaciones más jóvenes.

de auto-contención, racionalidad, seguridad y “*calculismo*”, en el que los *opinion makers* serían las élites de expertos, con bajas tasas de encarcelamiento, y en el que la punición tendría lugar preferentemente en privado (ej.: Estados de la Europa del Norte). Al contrario, en un Derecho Penal «emotivo y ostensivo», la estructura social presenta una autoridad central débil y heterogénea, con pocas interdependencias, una falta de auto-contención, un dominio del mito, de la fantasía y del miedo, en el que los *opinion makers* son los «populistas locales», lo que provoca elevadas tasas de encarcelamiento, intolerables condiciones de privación de libertad, en dónde se administran esas sanciones en público, de modo casi espectacular, siendo el sur de los EUA, uno de los ejemplos de este modo de encarar la experiencia de nuestra rama del Derecho⁶⁵.

6. Otro de los puntos de viva polémica, y donde mejor se verifica la unión inseparable entre el *punitive turn* y las concepciones políticas e ideológicas de quien lo ha analizado, orbita en torno a la cuestión de que hasta qué punto el actual liberalismo (o *neoliberalismo*⁶⁶) imperante es, o no, una de las principales causas de la configuración de la justicia penal. Descontada la verificación obvia de que cualquier rama del Derecho es permeable a esas concepciones, en especial la rama que materializa los bienes jurídicos sociales últimos, de lo que se trata es de saber hasta qué punto la «doctrina» política moderna impone o, al menos condiciona, un tratamiento más punitivo, con menor creencia en la resocialización del delincuente y que lo ve como un elemento problemático a tratar de forma económicamente sustentable y electoralmente útil. Los fenómenos del «populismo punitivo» ahí están para demostrarlo⁶⁷, a lo que se asocia, como su constituyente básico, el papel de los medios de comunicación social en la percepción del crimen y de la inseguridad.

⁶⁵ Esto se lee en un cuadro-resumen muy ilustrativo en PRATT, «Emotive and ostentatious punishment. Its decline and resurgence in modern society», *P&S*, 2000, p. 430.

⁶⁶ Obviamente que su definición es tema de gran complejidad y que ultrapasa nuestro objeto de análisis, utilizándose, para este efecto, la noción de ROBERT REINER, «Neoliberalism, crime and justice», en REBECCA ROBERTS/WILL MCMAHON (eds.), *Social justice and criminal justice*, 2007, p. 8: «teoría y práctica económicas que barrieron el mundo desde el inicio de 1970, destronando al comunismo (...) y la economía keynesiana, mixta, basadas en un consenso en torno al *Welfare State*, que prevaleció en las democracias liberales occidentales después de la II Guerra Mundial» y que «postula que los mercados libres maximizan la eficiencia al indicarle a los productores lo que los consumidores desean, optimizando la disponibilidad de recursos y ofreciendo incentivos a los emprendedores y trabajadores». También de interés es la noción, defendida por algunos autores (Confróntese NATHAN HANNA, «Liberalism and the general justifiability of punishment», *Philosophical Studies*, 2009, pp. 325-349), de que el liberalismo no constituye una teoría apta para la explicación de la sanción penal, por tener una visión demasiado amplia de lo que es la imposición de sufrimiento humano, en consonancia con los respectivos presupuestos filosóficos de partida. Así, algunos filósofos se inclinan a favor de que las «penas de sustitución» a las que nos hemos referido no serían verdaderas restricciones de derechos fundamentales, en lo que, para nosotros, es una visión inaceptable, desvinculada de la realidad y que no aprehende el sentido último de esta categoría dogmática. Se trata, bien vistas las cosas, de una simple manipulación del binomio «liberalismo/dolor» para concluir que, al extender en demasía lo que no es sufrimiento por vía sancionatoria, se abren importantes brechas de protección legal en contra de los acusados y demás sujetos procesales.

⁶⁷ Para lo que ha contribuido, como bien destaca J. R. SPENCER, «The drafting of criminal legislation: need it be so impenetrable?», *CLJ*, 2008, pp. 585-605, la mala calidad de la legislación que existe en el Reino Unido

Vivimos, parafraseando a MUCCHIELLI, en un «frenesí de la seguridad» que se caracteriza por cinco tendencias: *dramatización* (del crimen y de sus resultados, incluyendo la delincuencia juvenil, perfectamente perceptible en la campaña presidencial francesa de 2001-2002 y, después, en 2007), *criminalización*, *deshumanización*, «*disciplinización*» (control social por medio de la amenaza a la sanción) y *des-socialización* (definida por el autor como «(...) el rechazo de reconocer los problemas sociales que amplifican los mecanismos de producción de la exclusión, del desvío y de la delincuencia, así como el rechazo para analizar la razón de ser de los comportamientos que “perturban el orden público”»)⁶⁸.

Por otra parte, acogiéndonos ahora a la propuesta de REINER⁶⁹, para la existencia de un crimen deben darse las siguientes circunstancias: el *labelling*, la existencia de uno o varios motivos, de los respectivos medios, de una oportunidad favorable y la ausencia de mecanismos de control (formal y/o informal). Para este autor, los presupuestos neoliberales tienen un impacto en cada una de estas causas, siempre en el sentido de su incrementarlas. En cuanto al «etiquetaje», una sociedad de consumo hace que la denuncia de crímenes contra la propiedad sea más probable, lo que puede originar sentimientos de inseguridad subjetiva nada despreciables⁷⁰. Una sociedad cada vez menos integrada como la actual, que mide el éxito según la cantidad de bienes que se poseen, y que, al mismo tiempo, genera las mayores desigualdades entre los individuos, en la lógica de que los fines

y un poco en todo el mundo occidental (el autor propone lenguaje claro, un refuerzo de la codificación, en lo que es una aproximación al *civil law*, prestar atención a los especialistas, un refuerzo de los conocimientos básicos de Derecho por parte de quien legisla y, claro está, un cambio de mentalidades: no se resuelven gran parte de los problemas del gobierno con leyes estériles e incomprensibles, o con el deseo de inmortalidad que tantos gobernantes sienten para dejar asociado su nombre a una pieza legislativa). Además, y que aquí es más interesante, SPENCER advierte que los políticos que siguen una supuesta presión popular de aumento de la severidad penal, como sucedió con las *indeterminate sentences* en el Reino Unido, están dentro de un juego «peligroso y estúpido, en la medida en que, en lo que a materia penal se refiere, la opinión pública – engañada por la prensa popular – está seriamente mal informada» (*ibidem*, p. 599).

⁶⁸ MUCCHIELLI (dir.), *La frénésie sécuritaire. Retour à l'ordre et nouveau contrôle social*, 2008, pp. 6-10.

⁶⁹ REINER, en ROBERTS/MCMAHON (eds.), *Social justice and criminal justice*, 2007, pp. 9-14.

⁷⁰ Los cuales, aunque no de forma muy acentuada, han estado aumentando aproximadamente desde la década de los 90 del pasado siglo un poco por toda Europa, a excepción de Alemania (Confróntese ADAM CRAWFORD, «Governing perceptions of crime and (in)security in an age of uncertainty», en AA. VV., *Aspects of deviance, crime and prevention in Europe. Report of the final conference*, 2009, p. 98, disponible en http://odel.irevues.inist.fr/crimprev/docannexe/file/334/wp8_report_milton_keynes_conf_english_version.pdf#page=96), y esto a pesar de que entre 1992 y 2002 se asistió a un aumento de la tasa de encarcelamiento de cerca de 50%, en palabras de autores como HASSEMER en un nuevo aumento de la punitividad, en línea con GARLAND (*vide* JOACHIM J. SAVELSBERG, «Punitiveness in cross-national comparison: toward a historically and institutionally grounded multi-factorial approach», en KURY/FERDINAND (eds.), *International perspectives on punitivity*, 2008, pp. 16-17. En esta misma obra, véase el análisis de KURY/FERDINAND/OBERGFELL-FUCHS, «Punitivity in Germany: attitudes to punishments, sentencing, and prison rates», 2008, pp. 107-137, donde se habla de un estudio en el que se comprueba ese aumento de la punitividad en Alemania, si bien es más visible en lo que fue el territorio de la RDA. Más dubitativo, teniendo en cuenta el aumento de la aplicación de algunas penas de sustitución, OBERGFELL-FUCHS, «Punitivity within the criminal justice system in Germany», en HELMUT KURY (ed.), *Fear of crime – punitivity. New developments in theory and research*, 2008, pp. 303-317).

justifican los medios, representa un terreno fértil para el crimen. Los avances tecnológicos y la globalización no solamente crean posibilidades para cometer nuevos tipos de delitos, sino también nuevas formas de practicar crímenes sobradamente conocidos. La oportunidad representada por una sociedad más consumista y en la que hay gran circulación de bienes, es también considerable. Por último, los medios de control están debilitados. Una sociedad sin leyes (retornando a DURKHEIM) y egoísta, profundamente individualista y *exculpante*, en la que la persona es acreedora de prestaciones de varios tipos y cada vez menos objeto de deberes, disminuye el freno interior a la acción delictiva. Estudios empíricos así lo demuestran⁷¹.

7. Relacionado con el punto anterior, no se puede patrocinar una tesis más o menos simplista según la cual la concepción político-criminal de izquierda caminaba en el sentido de la descriminalización, al paso que la de la derecha era marcadamente penalizadora y que agravaba el carácter aflictivo de las sanciones. En esa Europa, *las izquierdas* tienen también un discurso punitivo y han sido responsables de alteraciones legislativas típicas del *punitive turn* de las que han sido señaladas. De hecho, estamos asistiendo a pretensiones neocriminalizadoras típicas de izquierda, como la de la violencia de género (discriminaciones entre sexos, violencia doméstica)⁷².

Uno de los ejemplos más elocuentes fue el *New Labour* que, en las elecciones generales de 1997, afirmó el *tough on crime, tough on the causes of crime*⁷³. En efecto, sin antecedentes en la historia de esa formación política, y en una época en la que, en general, la tasa de criminalidad en el Reino Unido había experimentado una bajada sin precedentes desde el gobierno Churchill de 1951/55⁷⁴, y como recurso para suplantar la política de *law and order* de los *Conservatives*, Blair apostó decididamente, más en la teoría que en la práctica, por un discurso de dureza punitiva. Se debe recordar aquí el llamado *left realism* que, en la década de los 60 y 70, siguiendo la «tercera vía», buscaba articular una Criminología radical de izquierda con los riesgos actuales y la urgencia de, incluso en ese espectro político, no dejar que los presupuestos “*managerialistas*” y “*actuarialistas*” se hiciesen notar. En pocas palabras, también la izquierda cedió a los movimientos populistas (exacerbados por la prensa-tabloide británica, *in casu*⁷⁵) en tanto que lo entendió como condición *sine qua*

⁷¹ Véanse las referencias concretas en REINER, en ROBERTS/MCMAHON (eds.), *Social justice and criminal justice*, 2007, pp. 14-18.

⁷² Con razón, CANCIO MELIÁ, «Direito Penal do Inimigo?», en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas*, 2007, pp. 60-62.

⁷³ Para una visión, de entre una literatura inabarcable, BROWNLEE, «New Labour – new penology? Punitive rhetoric and the limits of managerialism in criminal justice policy», *Journal of Law and Society (JLS)*, 1998, pp. 313-335; EMMA BELL, «A new direction for penal politics? Putting the popular back into populism», en ROBERTS/MCMAHON (eds.), *Social justice and criminal justice*, 2007, pp. 44-56; YOUNG/MATTHEWS, «New Labour, crime control and social exclusion», en MATTHEWS/YOUNG (eds.), *The new politics of crime and punishment*, 2003, pp. 1-32.

⁷⁴ YOUNG, «Winning the fight against crime? New Labour, populism and lost opportunities», en MATTHEWS/YOUNG (eds.), *The new politics of crime and punishment*, 2003, pp. 33-34.

⁷⁵ Incisivo en este punto, YOUNG, en MATTHEWS/YOUNG (eds.), *The new politics of crime and punishment*, 2003, pp. 37 y 42-46.

non para ganar elecciones; también esta se adhirió a una *diabolización del otro* (el delincuente): la visión maniqueísta entre una mayoría cumplidora de la ley y una minoría que interesa monitorizar y a la cual se pueden aplicar medidas que, por lo menos, no encajan de la mejor manera con la «*parcimónia*» y la proporcionalidad de la intervención penal. Y esto a pesar de que, como se ha destacado⁷⁶, la política de los Laboralistas implica una participación ciudadana en la creación e implementación de la política criminal para así transformar la comunidad en más segura, lo que no es típico de orientaciones más de derecha.

4. Algunas causas

Siendo un fenómeno multifactorial, acogiéndonos a la síntesis de MATTHEWS⁷⁷, el *punitive turn* nace de la *caída del Estado de Bienestar*, del aparente *descrédito en el ideal rehabilitador*, del *individualismo* exacerbado por corrientes neoliberales y en que se asiste a una ruptura de lazos comunitarios, de la tradición del posfordismo⁷⁸, del aumento de la *inseguridad subjetiva* (se habla incluso de un fenómeno del «hombre blanco enfadado» – *angry white male phenomenon*⁷⁹), potenciada por los *mass media*, del “*managerialismo*” y del “*actuarialismo*” como parte de la *Risikogesellschaft*⁸⁰.

⁷⁶ Entre otros, MATTHEWS, «The myth of punitiveness», *ThCrim*, 2005, p. 191.

⁷⁷ MATTHEWS, «The myth of punitiveness», *ThCrim*, 2005, pp. 182-183

⁷⁸ Para una caracterización escueta de este modelo, ARANDA OCAÑA/CHAVES CASTILLO *al.*, *El populismo punitivo*, 2005, pp. 15-17.

⁷⁹ COSTELLOE/CHIRICOS/GERTZ, «Punitive attitudes toward criminals. Exploring the relevance of crime salience and economic insecurity», *P&S*, 2009, pp. 25-49. En el estudio llevado a cabo por estos autores, se concluye que el miedo al crimen y su relevancia en términos de mayor notoriedad pública (medios de comunicación social), y la inseguridad económica están directamente ligados al aumento de la punitividad, en especial, en lo que respecto al último factor, en cuanto a hombres caucásicos, de menor nivel educativo y con menores rendimientos. Al contrario, si *prima facie* se podría pensar que una mayor exposición personal al crimen, o sea, que fenómenos de victimización real conducirían a actitudes más punitivas, lo cierto es que no han existido datos de estudio en este sentido.

⁸⁰ El contexto del presente artículo nos permite subrayar el carácter de los diversos riesgos que actualmente se viven y que se entrecruzan en efectos a menudo paradójicos. Esa *omnipresencia del riesgo* hace a las sociedades más vulnerable, inseguras e inestables, pero también contribuye, al menos desde el punto de vista de BECK, a un desvanecimiento de la sociedad de clases, ya que todas ellas están sujetas a los mismos peligros, o sea, el riesgo es un factor igualador y de efecto *boomerang*, en la medida en que todo aquello que se hace acaba por tener repercusiones en el medio y, por vía de este, en la esfera del propio autor, haciendo también que el riesgo sea el destino colectivo de la sociedad, a modo de «destino estamental de la Edad Media» (ULRICH BECK, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, 1998, pp. 42-47).

La sociedad del futuro se debe caracterizar, para el sociólogo, por un *retorno a la industrialización*, por una *democratización del cambio tecnológico* y por una «*política diferencial*» (*ibidem*, pp. 278-289). La primera es afrontada con preocupación, visto que la comunidad tenderá a mantener la actual estructura de desarrollo económico orientada hacia una mayor productividad, sin darse cuenta de que hacer lo mismo puede

Visto el problema más de cerca, han sido diversas las líneas de orientación que procuran explicar el *punitive turn*, en concreto en perspectiva sociológica.

Acogiéndonos a la síntesis de NICOLAS CARRIER⁸¹, comencemos por aquellos que, como WACQUANT⁸², proclaman que la actual severidad punitiva se debe al desmantelamiento de la economía keynesiana y a abrazar la ideología neoliberal, la cual produce un «ejército de inútiles», de pobres y marginados, considerados como peligrosos para el *status quo*, que deben ser controlados a través de mecanismos agresivos, *maxime* la prisión, para donde confluyen masas de una raza determinada en los EUA, país al cual limita, en buena parte, su investigación.

Para el autor, el Estado neoliberal debe ser entendido como Janus, como un apoyo y como un colaborador de las clases más elevadas y tirano con respecto a las más bajas, lo que lo hace «constitutivamente corrosivo para la democracia»⁸³. BRAITHWAITE, por su parte, se refiere a un «nuevo Estado regulador» que, nacido del descrédito del keynesianismo, combina la economía de mercado neoliberal con instituciones privadas fuertes y apuesta por la gestión del riesgo globalizado⁸⁴.

También en la línea de la *explicación económica* se encuentran los trabajos de CHRISTIE y de los autores que lo siguen en sus rasgos esenciales, aunque con diferentes matices. Una sociedad cada vez más burocratizada transforma la imposición del dolor en algo natural y, además, en un negocio lucrativo, en la medida en que el sistema capitalista entiende la prisión como un medio privilegiado de contener la delincuencia. Hay una panoplia de

acabar por transformarse, con el tiempo, en hacer algo diferente. Por otro lado, en el actual modelo económico, el poder político se esfuerza por esconder su poder real e influencia, lo que, para BECK, ha sido uno de los desastres que hemos heredado de la primera industrialización. Para él, una sociedad de riesgos aporta nuevas oportunidades a los dirigentes que, fruto de una creciente inseguridad, serán llamados a ejercer, con mano más dura, sus competencias, lo que hace temer por la democracia en un mundo considerado como desarrollado. En oposición, la democracia es un segundo eje que parece estabilizado, a pesar de que las brechas del Estado Social y de aquello que BECK llama «autoritarismo científico y burocracia excesiva» (*ibidem*, p. 285) se constituyan en amenazas reales. La «política diferencial» subraya la inexistencia de un único centro político mundial, pero sí la pulverización del poder político y su relación umbilical con el poder económico, en lo que el autor llama «época da reflexividade», acabando incluso por concluir que las principales mutaciones de nuestro mundo no ocurren por vía de la política (*ibidem*, p. 286). Más relevantes serán los instrumentos de «subpolítica», ya que contienen garantías jurídicas y son impulsores de la autocrítica.

⁸¹ «Anglo-saxon sociologies...», pp. 6-15.

⁸² Entre otros escritos del autor, *vide* LOÏC WACQUANT, «The great penal leap backward: incarceration in America from Nixon to Clinton», en PRATT *et al.*, *The new punitiveness. Trends, theories, perspectives*, 2005, pp. 3-26.

⁸³ MAYER, «Punishing the poor – a debate. Some questions on Wacquant's theorizing the neoliberal state», *ThCrim*, 2010, p. 94.

⁸⁴ BRAITHWAITE, «The new regulatory state and the transformation of criminology», *BJCrim*, 2000, pp. 222-238. Para el autor, la lógica «*actuarial*» sería solo una de las designaciones de lo que se esconde bajo diferentes epítetos: «gobierno preventivo» (BECK) o «*prudencialismo*» (O'MALLEY).

empleos, de construcciones, de medios de gestión privados del medio carcelario que transforman a los criminales en verdaderos «bienes transaccionables».

Otra explicación nace en la esfera política, pudiendo ser acuñada de *populismo penal*. Ya nos hemos referido a esto, por lo que es conveniente, ahora, completar lo que hemos escrito antes. La globalización⁸⁵, la unión casi indivisible entre los políticos y los *mass media*, así como la continua pérdida de influencia de los expertos en el ámbito penal a nivel del debate oficial⁸⁶, han conducido a las fuerzas políticas a defender sanciones cada vez más duras por considerar que una visión retributiva e inocuizadora corresponde al sentimiento general de punitividad⁸⁷, creando así un *Derecho Penal del espectáculo*, muchas veces más simbólico que real. Se indica, con razón, una «capacidad de federación» de intereses muy variados y que es uno de sus mayores factores de éxito, asociado a una perennidad capaz de hacer afirmar que el populismo penal no es «(...) solamente una erupción espontánea en el corazón del cuerpo político»⁸⁸. Del mismo modo, este populismo puede asumir una forma *top-down*, entendida como una imposición de la clase política dirigente que, así,

⁸⁵ Una tentativa de noción de una realidad bastante compleja y múltiple se encuentra en BAKER/V. ROBERTS, «Globalization and the new punitiveness», en JOHN PRATT *et al.*, *The new punitiveness. Trends, theories, perspectives*, 2005, pp. 121-138. Las mismas autoras (*ibidem*, p. 136), señalan tres grandes consecuencias de la globalización a nivel de la política criminal: «(i) homogeneización y armonización de los problemas y de las respuestas en una variedad de jurisdicciones; (ii) aceleración de las influencias de las políticas criminales entre jurisdicciones; (iii) promoción de políticas de punición de corta duración en detrimento de políticas punitivas de larga duración y basadas en evidencias científicas». Para una crítica de la globalización, centrando la atención sobre los riesgos de las catástrofes que ahora se sienten en todo el mundo e inclinándose por la necesidad de un retorno a una economía más social y solidaria, Confróntese la obra de HESSEL/MORIN, *Le chemin de l'espérance*, 2011, *passim*. Los autores apelan a un nuevo Renacimiento capaz de integrar el *apport* moral y espiritual de todas las civilizaciones (así, una «simbiosis de las civilizaciones» en vez de un «choque de civilizaciones», *ibidem*, p. 15), defendiendo la creación de un «Consejo de Estado de la Ética» como forma de velar por la justicia de los valores sociales (*ibidem*, pp. 34-35).

⁸⁶ En sentido opuesto, afirmando que los expertos continúan desempeñando un papel crucial en la construcción de las políticas criminales, MATTHEWS, «The myth of punitiveness», *ThCrim*, 2005, p. 189.

⁸⁷ Aunque como bien refiere JACOBS, «Luck and retribution», *Philosophy*, 1999, p. 536, al menos una cierta concepción ético-retributiva está poco interesada en la efectividad práctica de la aplicación de la pena, estando incluso de acuerdo en añadir sufrimiento a aquel que ya existe, agotándose en eso. El autor desarrolla (*ibidem*, pp. 539-540, 542) un interesante racionamiento entre la *luck* (diríamos, el *álea*, aquellos eventos de la realidad social no controlables objetiva o subjetivamente por la voluntad humana) y las teorías de los fines de las penas, en especial en lo que concierne a la respectiva eficacia y eficiencia. Así, hay varios aspectos que carecen de comprobación: ¿hasta qué punto los condenados están afectados por las penas y sienten recelo de la existencia previa de la sanción? ¿Será que los delincuentes reconocen los bienes jurídicos subyacentes a las normas y no sería mejor una sanción reparadora que punitiva? Por descontado, resulta muy pobre tener una visión de la pena como un mero intercambio entre el mal del crimen y el mal de la pena, en una especie de auténtico contrato jurídico-civil, diríamos nosotros, de transacción, a través del cual se pone fin a la falta de paz jurídica. Concluye JACOBS (*ibidem*, pp. 543-544), en aparente truismo, que la contingencia será siempre parte de la aplicación de cualquier sanción, conforme a la naturaleza humana compleja y altamente imprevisible.

⁸⁸ GARSIDE, «Punitiveness and "populism" in political economic perspective», en ROBERTS/McMAHON (eds.), *Social justice and criminal justice*, 2007, p. 33.

juzga ir al encuentro de los deseos populares, o *bottom-up*, cuando son esas masas las que reclaman una intervención más reforzada del Estado. Si bien esta es una orientación mayoritaria, autores como MATTHEWS⁸⁹, por el contrario, no encuentran nada de nuevo en este fenómeno, destacando que el populismo es más palabra que acción, lo que llevó a JESSOP a hablar de *populismo ventriloquista* ("*ventriloquist*" *populism*). Prueba de eso sería, en la misma dirección, el hecho de que las administraciones conservadoras, como la de Thatcher, han conocido disminuciones de la tasa de encarcelamiento y políticas dirigidas a facilitar la libertad condicional de los reclusos, todo, además, en conformidad con la representación de que la prisión era «un medio caro para transformar a las personas aún en peores».

GARLAND encabeza otra orientación bastante difundida. Sería una tarea necia describir con detalle las posiciones de este autor. Para los fines que nos proponemos, lo que importa es referir que la actual situación del Derecho Penal es un síntoma de aquello que el sociólogo designa como *late modernity*, considerándola como un proceso de transformación social y cultural en el modo en que luchamos contra el crimen, y que encuentra su terreno más fértil en el dominio de las élites liberales dirigentes, muy debidamente a una dimisión (o estrangulamiento) de la clase media, la cual ya no acepta que el delito sea (también) una manifestación de desigualdades sociales, dejando de tener simpatía por los movimientos de la resocialización. Las principales transformaciones detectadas por GARLAND en el tejido penal pueden sintetizarse en: a) refuerzo de la inseguridad en términos de las condiciones de vida materiales («flexibilización» del mercado de trabajo)⁹⁰; b) creación de un nuevo espacio familiar, menos integrado y más individualista, a lo que se une una secularización creciente; c) casi desaparición de los mecanismos de control informal; d) refuerzo del papel de los *media*, sustitutos de formas de organización social hasta entonces tradicionales; y e) democratización de la vida social y cultural: el «individualismo moral».

Por último, volvemos a la explicación protagonizada a la cabeza, por ELIAS, que podríamos apellidar de «processos de incivilización (*decivilization*)». Según el autor, a través de un proceso de *psicogénesis* y de *sociogénesis*, a lo largo de la Historia nuestra sociedad se ha vuelto cada vez más civilizada, debido sobre todo a tres causas fundamentales: la formación del Estado moderno, con la concentración en sus manos del monopolio del ejercicio del *ius puniendi*, el autocontrol y la transformación de las sensibilidades humanas, que pasarán a ver el lado más animal del Hombre como algo a evitar o, por lo menos, a esconder, así como un proceso de alteración de las dependencias sociales. La disminución de la violencia externa es compensada por un incremento de la violencia interna que cada uno de nosotros ejerce sobre sí mismo. En pocas palabras, este avance civilizacional (que tiene un cierto sabor hobbesiano) se basa en un tríptico *estadual-psíquico-social*. Si bien, el

⁸⁹ MATTHEWS, «The myth of punitiveness», *ThCrim*, 2005, pp. 189-190.

⁹⁰ En la síntesis de HOUGH, «Risk, fear and insecurity: in praise of simplicity», en AA. VV., *Aspects of deviance, crime and prevention in Europe. Report of the final conference*, 2009, p. 138: «el dolor causado por la incertidumbre de las condiciones de vida en la post-modernidad se refiere (o se proyecta) y se revela como ansiedad en relación al crimen».

proceso contrario a que hoy se asistirá se debe a una disminución de los mecanismos de control interno y externo, con el descrédito en la resocialización⁹¹.

2. Tratando ahora todas las corrientes presentadas de modo crítico, y de nuevo acogiendo a la síntesis de CARRIER⁹², un primer aspecto que destaca se refiere a la indicada fluidez del concepto de *punitividad*. A esto se une una pretensión de validez ilimitada de las visiones del mundo presentadas, que no se limitan, como debían, a los EUA⁹³ y a algunos Estados europeos, sino que pretenden ser una panexplicación para todos los Estados. Así se olvida que en algunos países no se puede hablar verdaderamente de un *punitive turn*, entre los cuales se sitúa Portugal⁹⁴ y los Estados de Europa del Norte⁹⁵, entre otros. Un ejemplo de una tentativa explicativa totalizante y de la cual se pretenden sacar resultados conclusivos y casi universalmente válidos dice que, con respecto a las políticas de *tolerancia cero*, muchas veces, son más producto de una discusión populista que de una concreción práctica palpable⁹⁶. Aquí, como en general en muchos de los argumentos de la visión «anglosajona» sobre el actual momento del ordenamiento jurídico-penal, lo que sobra en palabras falta en datos empíricos; lo que es sentido común no está equilibrado con el conocimiento científico. Incluso acentuar el papel de los *media* para propagar una cultura

⁹¹ Confróntese PRATT, «Elias, punishment, and decivilization», en PRATT *et al.*, *The new punitiveness. Trends, theories, perspectives*, 2005, pp. 256-271.

⁹² NICOLAS CARRIER, «Anglo-saxon sociologies of the punitive turn. Critical timidity, reductive perspectives, and the problem of totalization», *CP*, 2010, pp. 15-20.

⁹³ A pesar de que EMMA BELL, «Anglo-saxon sociologies...», pp. 6-7, defiende que el foco en los EUA se observa muy bien cuando pensamos que es, muchas veces, un guía en la diseminación de nuevas corrientes político-ideológicas, en especial, el liberalismo.

⁹⁴ Al contrario de lo mencionado por WACQUANT, «Neoliberal penalty at work ...», pp. 116, n. 2, e 117, que, de modo simple y sin demostrar ningún dato sobre el que fundamentarse, pretende ampliar el análisis que hace del ordenamiento español al portugués.

⁹⁵ Para lo cual no será indiferente la perspectiva de Estado del Bienestar típica de estas latitudes. Alabamos el trabajo de KAUTTO, «The Nordic countries», en PIERSON/OBINGER *et al.*, *The Oxford handbook of the Welfare State*, 2010, pp. 586, ss. Debe comenzar por destacarse la inexistencia de una total coincidencia entre los sistemas de Suecia, Noruega, Dinamarca (y, en cierta medida, de Finlandia), aunque exista un «caldo histórico y cultural» común, lo cual pasa por el papel desempeñado por las iglesias protestantes en el alivio del dolor de los más pobres, en el papel central de la igualdad y de la no discriminación y, hasta, de una política agraria fuerte en que la propiedad era entendida como un bien muypreciado y capaz de influenciar decisivamente al gobierno. Gobierno que, en los años posteriores a la II Guerra Mundial, ve llegar al poder partidos socialdemócratas defensores de aquello que, en general, caracteriza al modelo nórdico: fuerte intervención estatal, aventajado sector público, fuerte responsabilidad social y, en ese momento de la Guerra Fría, una *via di mezzo* entre el capitalismo (puro) y el socialismo (con las críticas asociadas de insostenibilidad e ineficiencia a largo plazo y, sobre todo, de demasiada carga fiscal incompatible con el crecimiento económico). Ciertamente es que, incluso en la época de crisis profundísima en la que ahora vivimos, estos Estados continúan siendo de los que mejor han reaccionado ante la oposición mundial que amenaza con crear (o tal vez incluso ya haya creado) un nuevo modelo económico global.

⁹⁶ Véase la legislación *three strikes and you're out* aplicada en el Reino Unido para condenados por tráfico de droga u ofensores sexuales, según destaca MATTHEWS (*apud* EMMA BELL, «Anglo-saxon sociologies...», p. 5), aunque, con el tiempo, haya una interiorización por parte de las autoridades policiales de una intervención más proactiva y punitiva.

punitiva es rebatible, ya que existen medios de comunicación social en los que hay una autocrítica y autocontención al abordar el fenómeno criminal.

Centremos ahora nuestra crítica en la tesis de WACQUANT, para decir, *ab initio*, que le falta una adecuada comprobación empírica⁹⁷ y que está limitada espacialmente al territorio norteamericano⁹⁸. La relación entre el aumento de la población penitenciaria en los EUA, el aumento del gasto de ese sistema y la disminución prestacionista del Estado, no es suficiente para fundamentar las posiciones avanzadas por el autor. Por otro lado, se ha dicho que más que una dimensión política («nueva cultura política»), las mutaciones a las que se ha asistido se justifican por una alteración cultural, en especial por los movimientos de derecha que han formado los ejecutivos en el mundo occidental en los últimos tiempos, indicándose incluso, que el refuerzo de la punitividad debe ser visto como integrado en un movimiento más vasto de «una reacción político-cultural de derecha autoritaria dirigida a restaurar el orden en la nación»⁹⁹. Resulta fácil observar que falta una cierta *objetividad ideológica*, comprometido como se encuentra WACQUANT con una visión materialista de la economía y del mundo, cometiendo el error de análisis de establecer una vinculación directa e inmediata entre el viraje punitivo y el neoliberalismo. Además, para este sociólogo, un sistema penitenciario creciente y económicamente cada vez más insoportable, es un elemento constituyente del neoliberalismo, otra forma en que la sociedad lidia con aquellos que desea dejar de lado de la convivencia social, por ser una representación demasiado real de las desigualdades que las comunidades modernas van generando: una especie de *prueba viva de un fallo social*¹⁰⁰.

⁹⁷ Como informan DE KOSTER *et al.*, «The rise of the penal state. Neo-liberalization or new political culture?», *BJCrim*, 2008, p. 722, los únicos estudios conocidos sobre la materia son de DOWNES/HANSEN (2006), aunque muy limitados en términos de variables analizadas. Este artículo de DE KOSTER *et al.* invalida la correlación establecida por WACQUANT (muy claramente, p. 727). Del mismo modo, no se detecta una quiebra generalizada en la vertiente *welfarista* de los Estados ni de flexibilización del mercado de trabajo o de apoyo por políticas neoliberales (*ibidem*, p. 730).

⁹⁸ MARGIT MAYER, «Punishing the poor...», p. 96.

⁹⁹ En este sentido, DE KOSTER *et al.*, «The rise of the penal state...», pp. 724 y 730. Central, en esta línea argumentativa, PAT O'MALLEY, «Volatile and contradictory punishment», *ThCrim*, 1999, pp. 175-196. Este último autor entiende que los cambios punitivos observados están más unidos a una mutación en el paradigma político de las últimas décadas que con una pretendida «post-modernidad». Las administraciones Thatcher o Reagan, típicas de una *New Right*, defensora de un individualismo profundo, de un «autoritarismo social» (*ibidem*, p. 185), de una auto-responsabilidad, de una creencia casi ciega en los mercados y en su eficiencia, de una «(...) hostilidad en relación a regímenes de intervención estatal del Estado de Bienestar (...)» (*ibidem*, p. 188); en pocas palabras, en una verdadera política neoliberal (de «darwinismo social» – *ibidem*, p. 187), explicarían, de modo muy simple, el actual *punitive turn* que se vive en diversos países (que caracteriza como movimientos de *incapacitación*, *restitución* y *reintegración*, todos ellos centrados en el individualismo y en la asunción individual de la responsabilidad por la realidad en la que el criminal vive y por aquello en lo que se convirtió). No tan claros en la conclusión, pero próximos, HALLSWORTH/LEA, «Confronting the criminology of complacency...», p. 4.

¹⁰⁰ De forma muy clara, LOÏC WACQUANT, *Prisons of poverty*, 2009, pp. 175-176, e *Idem*, *Punishing the poor. The neoliberal government of social insecurity*, 2009, *passim*, en esp., p. 5.

A pesar de haber buenas razones que unen los dos aspectos, no es *ipso facto* así. Como advierte BELL¹⁰¹, pensadores destacados del neoliberalismo como GEORGE STIGLER se oponen de modo frontal a una desproporcionalidad en las sanciones penales, pues consideran que el efecto general-preventivo es marginal en esa punición exagerada.

3. Estamos seguros de que existe una *décalage* entre el nivel discursivo y aplicativo en el terreno, y que no importa negar su existencia. *Décalage* esa que, como bien argumenta PHELPS, en artículo reciente¹⁰², también está presente al nivel de la resocialización. Así, al contrario de la opinión más vehiculada, no existe una real coincidencia entre el discurso político de descrédito en este desiderátum de la pena y la realidad práctica.

De hecho, aún en la década de 1980, se asistía a una continuidad en el financiamiento de programas resocializadores en ambiente penitenciario, lo que solo comienza a decaer (ALLEN, en 1981, fue el primero en usar la expresión) en la década siguiente, muy en función de la crisis económica¹⁰³. Más aún, existe incluso un cierto consenso entre los trabajadores del ámbito penitenciario en que las actuales dificultades económicas pueden ser una oportunidad de refuerzo de las penas comunitarias y de instrumentos considerados como resocializadores, como sucede con el trabajo penitenciario. La propia comunidad no está dispuesta a aceptar el regreso de los delincuentes a la sociedad sin una intervención resocializadora que los transforme en individuos menos «peligrosos» y más «ajustados», lo que parece señalar en dirección contraria a la idea común de la falta de apoyo popular a las políticas resocializadoras¹⁰⁴.

Otro aspecto bien destacado se contrapone a aquello que se entiende por *resocialización*¹⁰⁵ y a la circunstancia de que su decadencia se ha debido, de entre tantos otros factores (*v. g.*, la falta de pruebas empíricas de éxito en la lucha contra la reincidencia, pérdida de confianza en la posibilidad de alteración de comportamientos humanos, transferencia de poderes a los políticos y respectivos votantes, al contrario que los técnicos de prisiones y que los trabajadores judiciales), a una *inexistencia real, muchas veces, de un verdadero trabajo rehabilitador*.

¹⁰¹ BELL, «Anglo-saxon sociologies...», p. 7.

¹⁰² PHELPS, «Rehabilitation in the punitive era: the gap between rhetoric and reality in U.S. prison programs», *Law & Society Review*, 2011, pp. 33-68.

¹⁰³ En sentido próximo YOUNG, en MATTHEWS/YOUNG (eds.), *The new politics of crime and punishment*, 2003, pp. 233-234, centrando su análisis en Inglaterra y en el País de Gales.

¹⁰⁴ MATTHEWS, «The myth of punitiveness», *ThCrim*, 2005, pp. 191-192, es categórico al afirmar que las encuestas a la población demuestran una persistencia de múltiples finalidades punitivas, que van desde la resocialización a la incapacitación y protección de la sociedad, sin ser científicamente asumible que las personas, por regla, sean hoy más punitivas de lo que ya lo han sido.

¹⁰⁵ LYNCH, *apud* PHELPS, «Rehabilitation in the punitive era...», p. 42, la define como «cualquier discurso o prácticas que cooperan en la transformación o normalización del autor del crimen en un ciudadano socialmente definido como no desviado, incluyendo programas de intervención psicológica, de tratamiento de desintoxicación, educativos, de formación profesional, de trabajo y asistencia en la reinserción post-penitenciaria».

5. Ejemplos de institutos característicos

Veremos, a continuación, dos de los más destacados institutos jurídicos típicos del *punitive turn*, que, en algunos rasgos de su régimen permiten cuestionarnos si, en esos Estados, no se habrá desviado, definitivamente, el ideario iluminista¹⁰⁶.

5.1. La legislación *three strikes and you're out*: «lock them in»!

El *punitive turn* presenta como uno de sus instrumentos más conocidos la legislación *three strikes and you're out*¹⁰⁷, muy característica de un modelo norteamericano de la resocialización desacreditado desde la década de los setenta del pasado siglo, después sustentado en un modelo retributivo y, ahora, con forma de incapacitación y de *deterrence*, poco unido a la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y de la sanción, y más orientado hacia una prevención de futuros males, muchas veces sin la base fáctica del delito actualmente juzgado, aproximándose así, en gran medida, en la práctica, a verdaderas medidas de seguridad¹⁰⁸.

Se trata de un conjunto de normas jurídicas que, a pesar de ser variables en aspectos de régimen – lo que hace desaconsejable, aquí, entrar en las menudencias de regulación de cada una de ellas¹⁰⁹, pero imponen, eso sí, que se tracen los caracteres fundamentales –, tienen un objetivo que no es nuevo en el ordenamiento jurídico norteamericano¹¹⁰, ni en el

¹⁰⁶ Véase, con interés, una buena síntesis de la influencia de la Ilustración en la aparición de una *Rechtswissenschaft* en Alemania, desde el momento en que llegó a ser crimen la interpretación de los textos legales salidos del movimiento codificador, hasta el apogeo de la doctrina en el s. XIX y, a partir de finales de ese siglo, con una creciente importancia de la jurisprudencia, en constante diálogo, sin embargo, con la mencionada «ciencia del Derecho», en VOGENAUER, «An empire of light? Learning and lawmaking in the history of German law», *CLJ*, 2005, pp. 481-500.

¹⁰⁷ Es curioso observar que la simbología del tercer crimen en Derecho Penal ha hecho carrera a lo largo de la Historia. Así, el *crimen continuado* comenzó por ser una construcción de la jurisprudencia francesa en el sentido de evitar la aplicación de la pena de muerte a los autores que cometían tres crímenes (que reincidían dos veces después de una primera comisión criminal). Asimismo, a pesar de que no se haya hecho – según sabemos – un estudio cuidado sobre la materia, las actuales leyes *three strikes* podrán tener orígenes muy anteriores. Así, ya FRANZ VON LISZT (*La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo*, 1995, p. 87) defendía que el tercer crimen debería ser sancionado con pena de duración indeterminada a cumplir en régimen penitenciario con obligación de trabajar («esclavitud penal») y pérdida permanente y obligatoria de los derechos civiles. Los más recientes desarrollos jurisprudenciales van dirigidos hacia una cierta corrección de la severidad de las *three strikes laws* a través de la discrecionalidad judicial en no considerar una o más condenas anteriores como una *strike*, pervirtiéndose así el objetivo confeso del legislador (GROSS, «The “spirit” of the three strikes law: from the Romero myth to the hopeful implications of Andrade», *Golden Gate University Law Review*, 2002, p. 184).

¹⁰⁸ En este sentido, VITIELLO, «Three strikes laws. A real or imagined deterrent to crime?», *Human Rights*, 2002, pp. 425-432.

¹⁰⁹ Pueden verse tablas comparativas entre la legislación de cada Estado en VITIELLO, «Three strikes laws...», pp. 463-481, así como en LISA EATON, «Three strikes and you're out: enhanced sentences for repeat offenders research pathfinder», *Legal Reference Services Quarterly*, 2003, pp. 55-85

¹¹⁰ Ya en el s. XVII, en Inglaterra y en lo que son hoy los EUA, había legislación en ese sentido, la cual, no obstante, era poco aplicada, en la medida en que los reincidentes era habitualmente condenados a pena de

de cualquier otro Estado occidental. Los reincidentes deben ser castigados de forma más grave –como dice la ley– variando las justificaciones de base. Así, si en Portugal¹¹¹, aunque la respuesta no sea unánime, el añadido de culpa del autor ha sido apuntado como la fundamentación para una alteración (solamente en el umbral mínimo) del marco penal abstracto, en los EUA, a pesar de que la materia tampoco merece una respuesta unánime, estimamos que se puede decir que el desiderátum esencial es la *peligrosidad* del autor. Se presume que quien repite la práctica criminal tiene una personalidad más susceptible de reiteración y, por eso, de forma más severa se opone a los valores que el Derecho Penal pretende preservar. Así, a pesar de que el instituto acompaña a las legislaciones desde hace siglos, la forma en la que la reincidencia ha sido tratada desde la década de 1990 en gran parte de los Estados de los EUA, representa una nueva época en el tratamiento de este instituto, desde luego por estar muy asociada a una ideología de incapacitación, así como por la creencia en su efectiva adecuación a los marcos de un Derecho Penal moderno, al contrario de una aplicación tímida a lo largo de las décadas anteriores¹¹².

De entre los citados Estados, California ha sido citado, justamente, como el Estado donde la legislación *three strikes* ha conocido una *occasio legis* más particular, y que levanta profundos interrogantes, así como aquel que sigue un modelo de mayor severidad en la aplicación, después de admitir que la tercera condena pueda ser debida a cualquier *felony*, sea ella o no violenta, al contrario de lo que sucede en gran parte de los otros Estados, donde la tercera *strike* se restringe a crímenes graves y violentos. Más aún, teniendo en cuenta el sistema de gran discrecionalidad atribuida a los *prosecutors*, es posible que la tercera acusación sea por vía de una *misdeemeanor* que el órgano encargado de la acusación entienda calificar de modo más grave como *felony*.

No obstante, las modernas leyes *three strikes* tuvieron en el Estado de Washington su primera muestra, en 1993, aunque solo se aplicase a *felonies* bien delimitadas y graves,

muerte por la primera condena. Desde finales de 1700, Nueva York aprueba un conjunto de normas con el mismo objetivo, el cual fue seguido por varios Estados y, en Inglaterra, también, a través de la Habitual Criminal Law Act de 1869, aunque cabe señalar con respecto a esta última que, fruto de las severas críticas de que fue objeto, fue derogada en 1879, por ser "poco razonable". En la década de 1920, en el período del Prohibicionismo, las leyes más punitivas para los reincidentes siguieron su curso y, en 1926, una vez más en Nueva York, fue aprobada una legislación que condenaba a la cadena perpetua a los autores condenados por tercera vez, existiendo, en 1949, cuarenta y ocho Estados con *mandatory sentencing* para reincidentes (Confróntese OLSON, «Strike one, ready for more? The consequences of plea bargaining "first strike" offenders under California's "three strikes" law», *California Western Law Review*, 2000, pp. 548-549, y MICHAEL VITIELLO, «Three strikes laws...», p. 400). En 1984 entra en vigor el *Armed Career Criminal Act* de 1984, sobre la posesión de armas de fuego, lo que exigía una *fourth strike* para accionar una pena de cárcel entre 15 años y la perpetua, aunque se exigía que se estuviese ante «serious drug offences» o «violent felonies» – Confróntese ABASCAL, «Speaking out on three strikes and you're out», *FSR*, 1994, p. 55.

¹¹¹ NOTA DE TRADUCCIÓN: Véase la nota a pie de página 6.

¹¹² Como informa ZIMRING, «Populism, democratic government, and the decline of expert authority: some reflections on "three strikes" in California», *PLJ*, 1996, p. 244.

previéndose prisión perpetua sin posibilidad de concesión de libertad condicional¹¹³. Una ley aún más restrictiva, en el sentido de que incluye menos delitos, fue aprobada en 1994 e integrada en el cuerpo legislativo federal, exigiendo que los crímenes sean considerados «violent felonies» o «serious drug offences»¹¹⁴. Como fundamento, la idea de que la mayor parte de los crímenes graves son cometidos por un pequeño número de individuos muy peligrosos que, por eso, deben ser *inocuidados*, apartándolos de la convivencia social durante el mayor lapso temporal posible¹¹⁵.

En California, una sucesión de acontecimientos policiales, jurídicos, económicos y de puro *lobbying* condujeron a la aprobación, también en 1994, de la legislación más dura para los reincidentes. Se habría verificado la conjugación de tres elementos que constituirían una especie de «mito»¹¹⁶: la idea de que había poca severidad en las penas aplicadas anteriormente, que la legislación en mérito habría operado un cambio radical en dirección a una dureza sancionatoria, y que la tasa de criminalidad disminuiría con la *three strikes*. Estaríamos, en conclusión, ante una «ortodoxia icónica».

Todo se debió a la presión de organizaciones relacionadas con los guardas de las prisiones, interesadas en el incremento de la población penitenciaria como forma de asegurar y aumentar los puestos de trabajo, y de asociaciones defensoras del derecho de porte de armas, tradicionalmente favorables al endurecimiento de las penas. A esto se sumó la necesidad política de que el gobernador republicano del Estado saliese reelegido y, para tal efecto, quisieron trasladar el mensaje a la comunidad de que era «duro con el crimen», en el caso de la violación y homicidio de una niña de 12 años que conmocionó a California y a todos los EUA¹¹⁷, exacerbada por los *media*¹¹⁸. Los Demócratas, con recelo de que esto pudiese ser un triunfo electoral, aprobaron la ley sin debate académico o público, y por ello, responde a intereses coyunturales populistas y de histeria criminal colectiva y no refleja un balance adecuado entre los intereses en presencia en materia punitiva¹¹⁹. Además, muchas veces se hace referencia a la ausencia de participación de académicos en el momento de la aprobación de la ley¹²⁰ que contó, en su procedimiento, con un

¹¹³ OWENS, «California's three strikes law: desperate times require desperate measures – but will it work?», *PLJ*, 1995, pp. 898-899, refiriéndose además a las especificidades de la legislación de Texas.

¹¹⁴ WHITLEY, «“Three strikes and you're out”: more harm than good», *FSR*, 1994, p. 63. Entre muchos, EDWIN MEESE III, «Three-strikes laws punish and protect», *FSR*, 1994, p. 59.

¹¹⁶ ZIMRING/HAWKINS/KAMIN, *Punishment and democracy. Three strikes and you're out in California*, 2001, pp. 220-222.

¹¹⁷ Antes de eso, también se debe hablar de la muerte de una joven de 18 años, en Fresno, California, por un condenado en libertad condicional, que igualmente generó una fuerte conmoción pública (Confróntese EDWIN MEESE III, «Three-strikes laws...», p. 58).

¹¹⁸ Con particular insistencia en este particular, MARK W. OWENS, «California's three strikes law...», pp. 882-884.

¹¹⁹ ZIMRING/HAWKINS/KAMIN, *Punishment and democracy. Three strikes and you're out in California*, 2001, pp. 3-7.

¹²⁰ FRANKLIN E. ZIMRING, «Populism, democratic government...», pp. 251-256, apunta que esta es como una marca de nuestro tiempo en lo que contiene con la aprobación de legislación penal, si bien se atribuye a

referéndum popular¹²¹. En una segunda fase, tuvo importancia también la alteración de la Constitución californiana en el sentido de que la legislación *three strikes* pasase a integrar el núcleo de las normas que solo pueden ser modificadas a través de una mayoría cualificada de dos tercios en los órganos que ejercen el poder legislativo en el Estado.

A este respecto se han planteado dudas y preocupaciones sobre el proceso legislativo norteamericano en materia penal que, fruto de mecanismos típicos de democracia directa, aunque pueden, en un determinado momento histórico, responder más próximamente a los deseos populares y no protegen la materia penal de una emotividad irracional que, muchas veces, sobresale cuando a la población en general le es otorgado legislar sobre temas permeables a manipulaciones políticas varias¹²². Se ha sugerido que entre el Pueblo y la Ley debe mediar una instancia que pueda introducir una *racionalidad sistémica* menos propensa a aprovechamientos coyunturales y que refleje una línea de política criminal coherente.

En Europa, como regla, la democracia representativa tiene en los titulares electos del poder legislativo ese mediador, papel que era desempeñado, hasta hace algún tiempo, en los EUA, por la discrecionalidad de los jueces y de los “*procuradores*” que, en un adaptación casuística a los casos concretos, evitaban cierta desproporcionalidad sancionatoria. Además, las *three strikes laws* vienen a limitar esa misma discrecionalidad, funcionando en la práctica, en varios procesos, como *mandatory minimum sentences*, lo que puede chocar con el principio del *due process of law*.

En la legislación examinada, la segunda condena ya supone, como sucede en la mayor parte de los regímenes de la reincidencia, una elevación de la pena aplicada, pero es a la tercera condena, a la que los efectos agravantes se hacen sentir con mayor intensidad. No es nuestra intención pronunciarnos sobre la generalidad del régimen, en atención a los objetivos que nos propusimos, sino tan sólo señalar los respectivos rasgos fundamentales. Así, en los términos de la *section 667, e, 2, A*, del CP de California¹²³, habiendo dos

una paradoja en la medida en que nunca como ahora ha existido tanto conocimiento científico sobre el crimen y, apesar de eso, desde las décadas de los sesenta y setenta de la pasada centuria, el nivel de implicación de los académicos en los procesos de adopción de las leyes penales ha descendido vertiginosamente. Así se pierde, según el autor, el papel de mediación que a esos expertos le era atribuido entre los deseos más o menos punitivos de la población y la mayor o menor dependencia del poder político de esos mismos deseos (o, al menos, de lo que se piensa que son esas aspiraciones populares).

¹²¹ Sobre el apoyo popular a esta legislación, TOM R. TYLER/ROBERT J. BOECKMANN, «Three strikes and you are out, but why? The psychology of public support for punishing rule breakers», *Law & Society Review*, 1997, pp. 237-265, concluyen que tal se justifica debido a preocupaciones co la ausencia de valores morales compartidos por la sociedad, o sea, una comunidad más integrada tiende a ser menos punitiva. Así, no es el mayor miedo al crimen, del riesgo asociado a las actividades diarias que está en la base de una mayor punitividad, al contrario de la idea más difundida.

¹²² Así, Confróntese FERDINAND/KURY, «Punitivity in The United States», en KURY/FERDINAND (eds.), *International perspectives on punitivity*, 2008, pp. 79-105.

¹²³ Section 667, (e) (...) (2) (A) If a defendant has two or more prior felony convictions as defined in subdivision (d) that have been pled and proved, the term for the current felony conviction shall be an

condenas por la práctica de un crimen «serio» o «violento», tal como es definido en la ley («serio»: p. ej., hurto cualificado en vivienda, pero «violento» no incluye gran parte de los *assaults* y de los *batteries*), existiendo una tercera condena por cualquier *felony*, la pena a imponer será, conforme a la más elevada, la triple de la medida de la sanción, una medida a determinar por el tribunal en conformidad con determinados parámetros o, lo que es más común, en atención a la regla de aplicar la pena más gravosa, privación de libertad entre 25 años y prisión perpetua, sin libertad condicional antes del cumplimiento del 80% del período de 25 años (20 años).

Se suma a esto que la ley desea colocar a *three strikes* fuera de la *plea bargaining* (section 667, c, 4), o sea, no se admite su recurso en los casos de segundas o terceras condenas cualificables como *strikes*, de forma a garantizar su efectiva aplicación¹²⁴, aunque acepte, por otro lado, que el “procurador” considere o no una condena anterior «en interés de la justicia» (*in the furtherance of justice*) o cuando no se tenga prueba suficiente de la condena o condenas anteriores (section 667, f, 2), generando así un amplio campo de incertidumbre y discrecionalidad, así como fundadas dudas de constitucionalidad¹²⁵. Al tribunal no le es

indeterminate term of life imprisonment with a minimum term of the indeterminate sentence calculated as the greater of: (i) Three times the term otherwise provided as punishment for each current felony conviction subsequent to the two or more prior felony convictions. (ii) Imprisonment in the state prison for 25 years. (iii) The term determined by the court pursuant to Section 1170 for the underlying conviction, including any enhancement applicable under Chapter 4.5 (commencing with Section 1170) of Title 7 of Part 2, or any period prescribed by Section 190 or 3046. (...) Disponible en <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=pen&group=00001-01000&file=654-678>.

¹²⁴ Más que eso, se ha asistido a un fenómeno raro en el derecho norteamericano y que pervierte al propio sistema. Hay autores de delitos que rechazan, en una primera condena, los acuerdos en el ámbito del *plea bargaining*, prefiriendo someterse a juicio, exactamente porque consideran que ahí, con todas las reglas del *due process*, pueden ser absueltos, evitando así que la condena que resulte de una *guilty plea* pueda ser elegible, en un futuro, como una *strike*. Los “procuradores”, por su parte, se esfuerzan por conseguir el acuerdo, como una especie de «vía abierta» para que, en el futuro, si cometen nuevos crímenes, sean agravados mediante la reincidencia. Los delincuentes menos informados pueden, así, hacer una elección (aceptando el acuerdo) que en el momento parezca más favorable a pesar de que en un futuro no lo sea. De este modo, evitan los autores de los delitos, en especial cuando el criminal es joven y todavía pueden reincidir, de antemano, rechazar la posibilidad de ser absueltos, lo que supone una condena menos para hacer funcionar la *three strikes*. Claro está que puede suceder lo contrario, o sea, incluso sin aceptar el acuerdo, que la sanción concluya por la verificación de los hechos que constan en la acusación.

En la práctica pueden no conseguir la absolución y hasta ser condenados a una pena más elevada de la que había sido propuesta por el “procurador”. Aún así, se repite, no se quedan con el remordimiento de no haberlo intentado.

Véase que este pensamiento racional y calculista que, en ciertos procesos, puede compensar, es contrario a la apuesta clara del ordenamiento jurídico en los mecanismos de *diversion*, visto que, también en las segundas y terceras condenas, como regla, los autores prefieren ser juzgados en caso de haber tenido una anterior *strike*, ya que no tienen nada que perder. Sin embargo, no se asiste, paradójicamente, a una disminución aplicativa del principio de oportunidad en estos casos de *three strikes*, así que los más incautos aceptan la *plea bargaining* en el momento del primer hecho criminal perpetrado – Confróntese. TINA M. OLSON, «Strike one, ready for more?...», pp. 545-570.

¹²⁵ En *Estados Unidos c. Gatewood* (1999/2000), el Sixth Circuit Court of Appeals se pronunció sobre la conformidad con la Constitución de la norma que prevé la existencia de una verdadera carga de la prueba

reconocida esta facultad, sino solamente la de, ante la prueba producida, aceptar o no la existencia de condena anterior como susceptible de constituir una *strike*. Del mismo modo, no se admite la *probation* o la *suspended sentence* (section 667, c, 2). No existe ninguna regla semejante a nuestra «prescripción de la reincidencia» (section 667, c, 3, llamado *washout period*) y no se acepta, en estos hechos, un cumplimiento de la sanción en cualquier tipo de régimen de concurso, con clara preferencia por la ejecución sucesiva de penas (section 667, c, 8). Se admite, dado el silencio de la ley, que la violación del régimen de la libertad condicional pueda ser tratado como una *strike* y no como un ilícito administrativo. Además, sobre el régimen, se prevé la obligatoriedad de que los tribunales se sometan a un conjunto de prohibiciones preestablecidas que se parecen, en nuestro sistema¹²⁶, a las penas accesorias, y que, dependiendo de su concreta configuración, podrían estar vedadas en Portugal dada la prohibición del automatismo de las penas. Las infracciones cometidas por menores cuentan igualmente como *strikes*, siempre que, si son cometidas por adultos, asumiesen la misma caracterización exigida por la ley para estos últimos (section 667, d, 3)¹²⁷.

De aquí resulta que cualquier *felony*, por menos grave que sea, cuando es cometida como tercer delito después de la práctica de dos de ellos con la calificación indicada, conduce al cumplimiento de esa sanción. Independientemente de la gravedad del último crimen, de acuerdo con la literalidad de los preceptos, la consecuencia jurídica es siempre de aplicación. No obstante, se ha asistido a alguna reacción jurisprudencial en el sentido de exigir requisitos de gravedad superior a la tercera *felony* para que se aplique la cadena

inminente sobre el acusado, de probar a través del *standard of clear and convincing evidence* que las condenas anteriores no pueden ser calificadas como *strikes* para efectos de la aplicación de las normas que venimos estudiando.

Consideró el tribunal que no estaban vulneradas las exigencias de la presunción de inocencia, en la medida en que esas condenas no eran, en sí mismo, elementos del crimen a probar, razón por la cual era adecuado y razonable que el acusado asumiese esa carga. En el caso en concreto, a pesar de haber producido alguna prueba, Gatewood no consiguió convencer al juez con grado tan elevado de certeza como exige el criterio que hemos transcrito. Estamos con aquellos que consideran, por el contrario, que existe una clara violación de la presunción de inocencia y del *due process*, incluso en un modelo acusatorio en el que los poderes de indagación del juez son limitados. En realidad, ni tan siquiera existe, en sistemas como el nuestro, una verdadera carga de la prueba en proceso penal y esos poderes del juez serían aptos para esclarecer cualquier duda con respecto a la calificación de los delitos anteriores. Tampoco cabe el argumento de que si el grado de convicción judicial fuese inferior, sería muy fácil escapar a la aplicación de la ley (véase *Cooper c. Oklahoma*, 1996). Manteniendo nuestra opinión sobre la inconstitucionalidad del precepto, por lo menos debería ser sustituida aquella exigencia probatoria por otra, tal como la de la *preponderance of evidence* (Confróntese COONEN, «*United States v. Gatewood: does the three strikes statute violate due process and undermine the presumption of innocence?*», *AJCL*, 2001, pp. 83-113).

¹²⁶ NOTA DE TRADUCCIÓN: Véase la nota a pie de página 6.

¹²⁷ OWENS, «California's three strikes law...», pp. 892-894. El Tribunal Supremo de California ya se pronunció sobre que la conformidad de esa condena vale para efectos de agravante punitiva, considerando que la Decimocuarta Enmienda (prohíbe la pérdida de la vida, de la libertad o de la propiedad sin un *due process of law*) no se oponía a tal posibilidad, aunque los derechos de defensa de un menor no son los mismos que los de un adulto (*People c. Cox*, 1991) – Confróntese MARK W. OWENS, «California's three strikes law...», pp. 912-915.

perpetua. De ahí, p. ej., que en algunos condados del Sur de la California, la ley sea aplicada con todo el rigor, lo que ya está mitigado en otros condados del Norte, ocasionando una disparidad que perjudica mucho la uniformidad aplicativa¹²⁸.

El efecto práctico de la aplicación de las leyes *three strikes* ha sido blanco de una viva disputa, en tanto que se ha asistido, desde su entrada en vigor, a una disminución de la tasa de la criminalidad grave¹²⁹. Con todo, como se ha escrito, es imposible establecer una relación causal simple entre este tipo de legislación y esa circunstancia. En realidad, otros factores han contribuido a esa disminución¹³⁰, siendo exacto que ésta ya se producía diecisiete meses antes de la entrada en vigor de la *three strikes law*, y no se verificó, a partir de ahí, una alteración significativa en esa tendencia. A esto se une el hecho de que el efecto preventivo no parece apreciable, en la medida en que aquellos que cometen los primeros crímenes de su carrera delictiva no han disminuido, lo que sería de esperar ante una sanción bastante dura para los reincidentes¹³¹. Más aún, hay quien sustenta que una

¹²⁸ COHEN, *The new penology: how courts sentencing practices have been influenced by the growing emphasis on actuarialism and managerialism*, 2003, pp. 29-30.

¹²⁹ DAN LUNGREN, «Three cheers for 3 strikes», *Policy Review*, 1996, p. 34.

¹³⁰ MICHAEL VITIELLO, «Three strikes laws...», p. 445, recuerda que en las tres ciudades con tasas más bajas de criminalidad en los EUA no existe este tipo de legislación, destacando Nueva York. Se citan estudios empíricos que han concluido que, aunque no hubiesen sido adoptadas normas de este calibre, la criminalidad habría disminuido (MICHAEL VITIELLO, «Three strikes laws...», pp. 3-4).

¹³¹ ZIMRING/KAMIN, «Facts, fallacies, and California's three strikes», *Duquesne Law Review*, 2002, pp. 605-606. En este mismo artículo, los autores responden a las críticas metodológicas y de otro tipo a las que habían sido sujetos los resultados a los que habían llegado (Confróntese ZIMRING/ HAWKINS/KAMIN, *Punishment and democracy. Three strikes and you're out in California*, 2001, pp. 88-105). JONATHAN P. CAULKINS, «How large should the strike zone be in "three strikes and you're out" sentencing laws?», *Journal of Quantitative Criminology*, 2001, pp. 227-246, sostiene la ineficiencia económica de tales medidas. Por el contrario, basada en un modelo econométrico y matemático que desarrolló, JOANNA M. SHEPHERD, «Fear of the first strike: the full deterrent effect of California's two- and three-strikes legislation», *JLS*, 2002, pp. 159-201, avanza con números precisos de los crímenes evitados por la ley en referencia, así como con una estimativa del ahorro correspondiente (cerca de 889 millones de dólares), destacando, por último, que ese *deterrent effect* se exterioriza a otros Estados. ERIC HELLAND/ALEXANDER TABARROK, «Does three strikes deter? A nonparametric estimation», *The Journal of Human Resources*, 2007, pp. 309-330, estiman un efecto preventivo en los criminales que ya han cometido dos *strikes* en cerca del 17 al 20%. Estos mismos autores («Measuring criminal spillovers: evidence from three strikes», *Review of Law and Economics*, 2009, pp. 251-268) estudiaron hasta qué punto la aplicación de una legislación tan restrictiva habría conducido a una «migración» de autores en libertad condicional a otros Estados limítrofes en los que el régimen legal es más favorable. Esta era una de las críticas que se dirigían a las *three strikes laws* y que, si se verifica, podría poner en duda al propio sistema federal con amplia autonomía en el Derecho Penal de cada uno de los Estados, en la medida en que estas «externalidades» serían «favorables» para unos y altamente desfavorables para otros, creando extraños sistemas competitivos entre los Estados. El estudio de los autores concluye, aún así, que no hay evidencia empírica que justifique un desplazamiento destacable de los condenados, pues existen factores como la proximidad del núcleo familiar que parecen desempeñar un papel más relevante. KELLY/DATTA, «Does three strikes really deter? A statistical analysis of its impact on crime rates in California», *College Teaching Methods & Styles Journal*, 2009, pp. 29-39, concluyen que el efecto preventivo solo se observa en los crímenes contra la propiedad y no ya en los delitos violentos. Presentando también datos estadísticos favorables, aquel que fue uno de los autores de la legislación, BILL JONES, «Why the three strikes law is working in California», *Stanford Law & Policy Review (StL&PR)*, 1999,

medida tan draconiana es un incentivo para que los individuos cometan delitos más violentos o un mayor número de crímenes, ya que la punición será la misma¹³².

Poco tiempo después de la entrada en vigor de la legislación en estudio, sobre todo en California, los tribunales habían sido llamados a pronunciarse sobre la conformidad de las *three strikes* con la Constitución, sobre todo en lo que respecta con la Octava Enmienda (a pesar de que con raíces ya en la Magna Carta de 1215), la cual prohíbe tratamientos crueles o desproporcionados ante la gravedad del hecho. No ha habido, hasta a la fecha, un pronunciamiento en el sentido de la inconstitucionalidad material de la ley como un todo, pero sí algunas decisiones del tribunal en las que la aplicación concreta de la ley fue tenida como desproporcional y, por eso, su aplicación a esos procesos considerada violadora de la Ley Fundamental. Aquello que ha sido apuntado como más vulnerador es la circunstancia de que la tercera condena puede ser por cualquier *felony*, sea grave o no.

En *People c. Romero* (1996), el Tribunal Supremo de California falló en el sentido de que la legislación *three strikes* de aquel Estado no prohibía, expresamente, la facultad de que el tribunal no considerase una condena anterior a los efectos de contarla como una *strike*, admitiéndol que tal facultad entraba en los poderes de discrecionalidad atribuidos al poder judicial por el CP californiano (siempre que fuese «en interés de la justicia»), pero que no era ya extensible a los “*procuradores*”. Y esto es más importante pues, a la luz de la legislación penal californiana y de otros Estados de los EUA, existen delitos que, dependiendo de la calificación atribuida por el órgano acusador, son tratados como *felonies* o *misdeemeanors*, con las importantes consecuencias asociadas (son los llamados *wobblers*). Ésta fue la primera flexibilización de la aplicación práctica de las normas en estudio, obviándose así una parte de los efectos desproporcionados que se derivan de ellas. En *People c. Williams* (1998), al contrario, ese poder fue notablemente limitado por el mismo órgano judicial, que procuró concretar mejor lo que se entiende por «en el interés de la justicia», relegando la expresión para un análisis casuístico, a elaborar siempre «dentro del *espíritu* de la legislación *three strikes*», el cual es, en verdad, el de aumentar la severidad de la punición de los reincidentes¹³³.

En *Solem c. Helm* (1983), el Tribunal Supremo de los EUA había adoptado una decisión que se volvería un verdadero *leading case* en materia de proporcionalidad, al establecer que ese principio se observa siempre que se supera un triple examen (*Solem test*). *Primo*, se compara la gravedad de la punición con la gravedad de la ofensa; *secondo*, se compara la pena

pp. 23-27, pone el acento en la punición, no tanto por el hecho que hizo surgir la aplicación de la ley, sino sobre todo en la carrera criminal entendida como un todo indivisible. Finalmente, es interesante enfrentarse al estudio de WORRALL, «The effect of three-strikes legislation on serious crime in California», *Journal of Criminal Justice*, 2004, pp. 283-296, ya que indica un efecto nulo a nivel de la tasa de criminalidad en California, que habría seguido su curso normal con o sin legislación *three strikes*.

¹³² MARVELL/MOODY, «The lethal effects of three-strikes laws», *JLS*, 2001, pp. 89-106, resaltando, en especial, el homicidio de todos aquellos que puedan servir de testigos en el proceso. En sentido idéntico, VITIELLO, «Three strikes laws...», p. 447.

¹³³ GROSS, «The “spirit” of the three strikes law...», pp. 176-181.

impuesta al autor en conformidad con la ley del Estado del juicio con la aplicable en otros Estados del país; *tertio*, se compara esa sanción con la impuesta, en ese mismo Estado, a crímenes más graves¹³⁴. Más recientemente, en *Ewing c. California* (2003), el Tribunal Supremo de los Estados Unidos auspició, en lo que viene siendo entendido como una inflexión de *Solem*, una visión más restrictiva del principio de proporcionalidad. La idea de *gross disproportionality* queda reservada para casos «extraordinarios»¹³⁵. Sin embargo, en 2004, el Ninth Circuit californiano, en el caso *Ramirez c. Castro*, decidió al contrario que la jurisprudencia *Ewing*, siendo noticia la ausencia de recurso (que era esperado) ante el Tribunal Supremo, en lo que viene siendo entendido por los opositores a las *three strikes laws* como una «llama de esperanza». Sin embargo, siete meses después, dio media vuelta de nuevo al ser rechazada, en referéndum popular, la propuesta de alteración de la legislación de aquel Estado, en el sentido de alejar los crímenes no violentos de la elegibilidad para las *three strikes*¹³⁶.

En 1995, en el caso *Weber c. California*, Kevin Weber, un alcohólico sin hogar, fue condenado a una pena de prisión de 25 años a prisión perpetua, por haber hurtado cuatro galletas de un restaurante, teniendo ya un registro criminal por crímenes violentos. El California Court of Appeal recusó aplicar el precedente *Romero* por entender que el autor no hurtó otros bienes solo porque había sonado la alarma, reconociendo que lo condenaba no solamente por lo que Weber había hecho, sino también por lo que él podría haber hecho, no siendo esa circunstancia exógena, atendiendo a su registro criminal¹³⁷. Para nosotros, se trata de un verdadero caso de *Derecho Penal de autor*, violador de las exigencias fundamentales de la culpa. En 2001, en el caso *Andrade c. Attorney General of California*, la tercera *strike* fue un pequeño hurto calificado como *misdemeanor*. El Ninth Circuit Court of Appeals consideró la legislación californiana como inconstitucional pero, una vez más, no *in totum*, sino en su aplicación concreta a este caso, lo que ha sido visto por los opositores a la ley como otra esperanza en la senda del retorno a una justicia más proporcional, en especial en la medida en que ese tribunal afirmó que la circunstancia de que la tercera condena fuese un *petty theft* violaba la Octava Enmienda, por conducir a una pena de, como mínimo, 25 años de cárcel, sin libertad condicional¹³⁸. Ya en 2003, en el caso *Lockyer c. Andrade*, el Tribunal Supremo de los EUA, después de haberse pronunciado el California Court of Appeal por la inexistencia de grave desproporcionalidad en la aplicación de una pena de prisión de 50

¹³⁴ OWENS, «California's three strikes law...», pp. 906-907, y GROSS, «The "spirit" of the three strikes law...», pp. 181-184 (Confróntese, también, *Harmelin c. Michigan* (1991), en el que el Tribunal Supremo, en alguna medida, limitó el *Solem test* – *ibidem*, pp. 182-183).

¹³⁵ Confróntese MAUREEN REED, «Sentencing and punishment – cruel and unusual punishment: the United States Supreme Court upholds California's three strikes law, ruling the law does not violate the eighth amendment's prohibition on cruel and unusual punishment», *North Dakota Law Review*, 2004, pp. 497- 533.

¹³⁶ ROMANO, «Striking back: using death penalty cases to fight disproportionate sentences imposed under California's three strikes law», *StL&PR*, 2010, pp. 311-348.

¹³⁷ GROSS, «The "spirit" of the three strikes law...», pp. 184-188.

¹³⁸ GROSS, «The "spirit" of the three strikes law...», pp. 193-200. Cuatro meses más tarde, el Ninth Circuit decidiría en sentido idéntico en *Brown c. Mayle* (2002) – Confróntese EATON, «Three strikes and you're out...», pp. 77-78.

años de cadena perpetua en que la *third strike* habían sido dos *petty thefts*, tratados como *felonies* dentro de la categoría de *wobblers*, entendió que no había sido violado el precedente *Andrade*. Los jueces concluyeron que, a pesar de existir jurisprudencia sobre el principio de proporcionalidad, aún no se puede hablar de una orientación pacífica y bien estructurada, razón por la cual los tribunales de los Estados pueden interpretar esa exigencia con relativa amplitud. De no ser así, continúan, se estaría coartando la libertad de cada uno de los Estados para escoger una dada orientación penológica y, en general, político-criminal que, en la repartición del poder dentro de la federación, cabe a cada uno de los respectivos constituyentes que, de este modo, son cointérpretes del texto constitucional¹³⁹.

Para quien como nosotros, ve el mundo del Derecho Penal necesariamente con las «lentes» de la Europa occidental perteneciente al *civil law*, el rasgo crítico más destacable no puede dejar de ser la gran *desproporcionalidad* contenida en este modo de punir la reincidencia.

Más aún en un Estado como el portugués que no distingue entre la segunda, tercera o vigésima condena en términos de agravante por reincidencia (artículos 75.º y 76.º, del CP), desde el punto de vista del marco penal aplicable que, además, ni siquiera es elevado en su límite máximo. Más aún cuando, como sucede en California, cualquier *felony* o incluso un simple *misdemeanor*, como se ha dicho ya, ocasionan la tercera *strike* conducente a una privación de libertad que tiene como mínimo la duración de veinticinco años, exactamente el «máximo de los máximos» (EDUARDO CORREIA) que nuestro ordenamiento consiente¹⁴⁰. Son los propios autores americanos que, en su mayoría, se manifiestan contrarios a esta legislación y a la desproporción de su efecto agravante, los que destacan que se da un relieve excesivo a la carrera criminal cuando se compara con el hecho concreto que origina la aplicación de una tercera condena. Estamos peligrosamente en los márgenes de un Derecho Penal de autor encubierto. Esa condena, en la gran mayoría de los casos, por lo menos en California, es por pequeños hurtos o delitos de menor gravedad asociados a la droga, y no por crímenes serios o violentos como la ley inicialmente había sido presentada. La práctica de un crimen, aunque no violento, es en varios Estados de los EUA, camino seguro para una pena de prisión que puede ser de por vida, pues no existe una regla de «prescripción de la reincidencia» como en la generalidad de los ordenamientos europeos. Todo indica pues, que el desiderátum orientador que sirvió de justificación oficial a la ley ni siquiera es alcanzado.

Más allá de la desproporcionalidad «absoluta», estimamos que se puede hablar de una «desproporcionalidad relativa», en tanto que, p. ej., es más gravemente punido un autor dos veces condenado por burla que cometa una tercera *felony*, de lo que lo es un autor condenado por homicidio en segundo grado sin agravación que no esté en las condiciones de serle aplicado el régimen de las *three strikes*¹⁴¹. Más aún, en los primeros días de

¹³⁹ HORN, «*Lockyer v. Andrade*: California three strikes law survives challenge based on federal law that is anything but “clearly established”», *JCL&C*, 2004, pp. 687-722.

¹⁴⁰ NOTA DE TRADUCCIÓN: Véase la nota a pie de página 6.

¹⁴¹ Este es solamente uno de los ejemplos. Otros pueden comprobarse en una imagen muy esclarecedora en ZIMRING, «Populism, democratic government...», p. 249.

aplicación de la ley, las condenas al abrigo de las normativas en estudio fueron superiores a las condenas por posesión de marihuana, homicidio, violación y rapto en conjunto¹⁴². En pocas palabras, las distintas posibilidades de concatenación de varias *strikes* conducen a *aporias sistémicas graves*, de desproporcionalidad intrínseca y que tiene lugar cuando se compara la sanción aplicada a delitos menos graves pero que, de algún modo, surgen en la secuencia de otros graves, aunque perpetrados varios años antes. Claramente esta legislación marca el desaparecimiento casi por completo de la resocialización y de la ideología que subyace. En una dirección aún relacionada con lo que se acaba de decir, algunos autores señalan que la política criminal americana posterior a las *three strikes laws* ha agravado el hecho de que las penas más graves son cumplidas, mayoritariamente, por negros¹⁴³.

Asociada con las reservas arriba identificadas en lo que respecta al ejercicio de mecanismos de democracia directa en la aprobación de normas penales, se ha indicado también que el proceso legislativo de las *three strike laws*, en especial el de California, viola la «teoría de los papeles judiciales» atribuidos a cada uno de los intervinientes en el «drama penal». Así, segundo PILLSBURY, al asumir un determinado papel orientado por principios legales, éticos y deontológicos, una ley aprobada por los representantes de los electores sin intervención directa de estos, es más conforme a la juiciosa observancia de esos mismos papeles, los cuales surgen pervertidos cuando la población en general es llamada a legislar. La reacción emotiva que siempre existe en cualquier juicio, está garantizada por la intervención del órgano acusador, del juez y del defensor, así como por la mera presencia del acusado en juicio, lo cual recuerda al decisor que el autor del crimen no es cualquier «otro», sino aquella específica persona. Todas estas formas adversariales y aptas para hacer recubrir el objeto del proceso de una influencia considerada como ventajosa para la obtención de una aplicación más justa de la ley, se pierde cuando se legisla para casos concretos, como acaba sucediendo con la *three strikes*. De hecho, basado en el pasado criminal del acusado, sin más informaciones que ésta y, en el caso de California, incluyendo incluso cualquier delito calificable como *third strike*, la pena a aplicar es aumentada exponencialmente, aunque haya un conjunto de circunstancias atenuantes que pudiesen jugar en favor del autor. Todas ellas son olvidadas en obediencia a una cierta diabolización del otro, presentado en general y de forma abstracta, negándose de este modo una aplicación modeladora concreta que, por lo general, es garantizada por el juzgador y mantiene el sistema dentro de márgenes razonables de Justicia¹⁴⁴.

Todo esto se pierde con la legislación en estudio, lo que retira al Derecho Penal, bien vistas las cosas, su carácter de rama de Derecho preocupada por el *facto*, transformándolo, por

¹⁴² ZIMRING/HAWKINS/KAMIN, *Punishment and democracy. Three strikes and you're out in California*, 2001, pp. 7-9.

¹⁴³ Confróntese VITIELLO, «Three strikes: can we return to rationality?», *JCL&C*, 1997, pp. 399 y 456, hablando de efectos «devastadores» en esa población, muy debido a la circunstancia de que la *third strike* pueda ser por cualquier *felony*.

¹⁴⁴ PILLSBURY, «A problem in emotive due process: California's three strikes law», *BuffCLR*, 2002, pp. 483-524.

encima de todo, en una exagerada punición del *autor*, disconforme pues con los mandamientos de la culpa inherentes a la propia noción de *Rechtsstaat*.

Otra crítica habla sobre la circunstancia de que, al promover una sanción tan dilatada en el tiempo, se crean verdaderas «prisiones geriátricas», con los mayores costes asociados a una población penitenciaria envejecida¹⁴⁵ y que, estadísticamente, representa un menor peligro social, sabiéndose que a partir de cerca de los 40 años de edad, existe una acentuada tendencia general a la disminución de la práctica delictiva. Contra esta objeción, se indica que siempre debería preverse un mecanismo de libertad condicional cumplido que determinase un lapso temporal mínimo, por regla de 25 años¹⁴⁶.

5.2. Las shame sanctions: ¿regreso al pasado?

Picotas, penas corporales, degradantes e infamantes parecían formar parte de la antología histórica del Derecho Penal occidental, son percibidas en la actualidad como «características» altamente deplorables de regímenes dictatoriales e irrespetuosos con los derechos fundamentales más básicos. Este «mundo occidental», concreción de una evolución secular desde la barbarie hasta la luz, desde las tinieblas hasta la civilización, parecía ser para siempre inmune a esas formas «básicas» de punición. Había, en estas formas «premodernas» de *shame sanctions*, «(...) algo de carnavalesco, de tipo orgiástico, una característica que sugiere una unión entre la vergüenza y las “funciones corporales”»¹⁴⁷.

He aquí que la Historia, como tantas veces sucede, se repite, y en este caso, en los EUA, uno de los países que se considera baluarte de la democracia y de los derechos humanos. Nuevos ropajes han sido otorgados a las antiguas penas que castigaban al autor de un delito en la consideración y en el honor que le son debidos como miembro de una comunidad. Se dice, ahora, que es el propio Estado el que los impone y administra, sin permitir que la «población» se una a la «juerga punitiva» arrojando al condenado todo tipo de objetos que tenga a mano. La justificación es, ahora, (ir)racional: es menos degradante una pena infamante que la cárcel; los condenados hasta la prefieren; sale más a cuenta para la economía del Estado y demuestra tener efectos en la disminución de la reincidencia: señala claramente que nos encontramos ante un verdadero ataque a bienes jurídicos carentes de protección, por lo que la prevención general, incluso la positiva, es alcanzada; incluso desde el punto de vista retributivo, las *shame sanctions* respetan sus aspiraciones.

¹⁴⁵ Así, *inter alia*, WHITLEY, «“Three strikes and you’re out”...», p. 64; OWENS, «California’s three strikes law...», p. 911, aunque más dubitativo. VITIELLO, «Three strikes laws...», p. 437, cita estudios que revelan que el coste de un recluso mayor es aproximadamente tres veces superior a uno de mediana edad. En otra dirección, analizando lo que se ahorra al evitar que esos individuos considerados como peligrosos estén en libertad y puedan acabar por cometer nuevos delitos, MEESE III, «Three-strikes laws...», p. 59. En general, se estima un aumento del gasto público con la implementación de la legislación examinada – Confróntese OWENS, «California’s three strikes law...», pp. 915-918.

¹⁴⁶ En este sentido, MEESE III, «Three-strikes laws...», p. 59.

¹⁴⁷ WHITMAN, «What is wrong with inflicting shame sanctions?», *The Yale Law Journal*, 1998, p. 1078.

¿Cómo afrontar este movimiento a partir de una estructura jurídica y mental europea continental? ¿Serán estos «nuevos vientos» una solución para la crisis (una más) de la justicia en la decrepita Europa? ¿Será este país adolescente el líder que los vetustos europeos deben seguir? O, por el contrario, como advierten HESSEL y MORIN, ¿viviremos «(...) la conjugación de una barbarie llegada desde la profundidad de los tiempos y de una barbarie helada, propia del cálculo técnico y económico»¹⁴⁸?

A mediados de la década de 1990, las *shame sanctions* pasaron a asumir un papel de relevo no solamente como sanciones principales o accesorias, sino también en el ámbito de la *probation*, como pena sustitutiva, muchas veces frente a ofensores primarios y, en algunas legislaciones, más orientadas a delitos menores y en masa (entendidos aquí como aquellos que asumen una elevada frecuencia estadística). Podemos definir las como aquellas «(...) penas destinadas a humillar y degradar en público al autor de un crimen, y que al mismo tiempo favorecen algún elemento de participación pública en esa humillación y degradación». Las *shame sanctions* «exponen el delincuente al público y lo afrentan de una forma que otras penas alternativas a la prisión (...) no hacen»¹⁴⁹.

Un elemento central es, como se ha visto, la *exposición pública* del hecho cometido por el autor y de la respectiva sanción, pues se cuenta con que esa misma exposición sea la parte fundamental de la sanción, en tanto que conlleva sentimientos de vergüenza y de degradación social del autor. Se señala, ante la comunidad, que aquel individuo cometió un crimen y que debe ser merecedor de repulsa social por tal hecho. *Publicidad, estigmatización e ignominia* son el tríptico en el que se asientan las *shame sanctions*. Las ceremonias de degradación son vistas, por sus defensores, como adecuadas para una «enmienda moral» del autor, para lograr un fuerte efecto preventivo-general negativo y especial-preventivo (por lo general, también, de signo menor).

En pocas palabras, ahora es relevante señalar ante la comunidad a quien ha cometido un delito, bien a través de pegatinas pegadas en los automóviles de los condenados que han conducido bajo la influencia de bebidas alcohólicas, bien mediante placas en los jardines de las residencias de los autores, con la identificación del delito cometido, sea mediante carteles que el condenado lleva en su cuerpo, p. ej., en frente del establecimiento comercial en que cometió un hurto¹⁵⁰. La publicación, en periódicos, a expensas del autor, de la noticia de la respectiva condena es, también, una de esas formas, así como la proyección, en algunos canales de televisión locales, de las caras y de los nombres de los condenados por haber recurrido a prostitutas (Kansas City, Missouri). Del mismo modo se utiliza internet como forma de publicitación de las personas condenadas, en lo que ya ha sido correctamente calificado como «ciber-picota» (*cyber-pillory*). Se llega incluso hasta el punto de existir decisiones en las que los jueces han condenado a los delincuentes a confesar sus

¹⁴⁸ HESSEL/MORIN, *Le chemin de l'espérance*, 2011, pp. 7-8.

¹⁴⁹ MARKEL, «Wrong turns on the road to alternative sanctions: reflections on the future of shaming punishments and restorative justice», *TLR*, 2007, pp. 1389-1390.

¹⁵⁰ WAYNE A. LOGAN, «The importance of purpose in probation decision making», *BuffCLR*, 2003, pp. 189-195.

delitos a ministros del culto o leer, en voz alta y en las escaleras del tribunal, un discurso previamente aprobado por el juez en el que exponían su crimen¹⁵¹. Un último ejemplo que consideramos paradigmático fue aquel en que, como alternativa a una pena de multa, el autor de un delito permitía que la ofendida le escupiese en la cara¹⁵². Se verifica, además, por otra parte, una cierta tendencia al retorno a «penas de talión», como ya sucedió con una decisión judicial (1993, Tennessee) en la que el condenado por robo tuvo que soportar (*pati*) la entrada inesperada del ofendido, acompañado por un agente de policía, en su residencia para que ese ofendido retirase de ella bienes con valor similar a los del robo¹⁵³.

Para que estas «ceremonias de degradación pública» funcionen, es necesario que se reúnan una serie de condiciones identificadas por GARFINKEL¹⁵⁴: el hecho y el autor deben ser tratados como algo «extraordinario»; debe existir una unión entre la víctima y la comunidad, de tal forma que el hecho delictivo sea visto como un asunto público y no privado, como afirmación de valores supra-individuales y que el castigo sea administrado en nombre de la sociedad como un todo; el autor debe ser siempre alguien extraño, un «otro», un *alienus*¹⁵⁵, si es posible separado incluso desde el prisma físico. El autor subraya además que las «ceremonias de degradación» existen en todas las comunidades, porque el sentimiento de vergüenza es universal y siempre ha sido utilizado como forma punitiva, en el ámbito de la llamada «indignación moral» que sirve para unir a las sociedades en torno a un mal común, en torno a alguien que, por la vía de los hechos cometidos, deja de ser miembro y pasa a ser un «otro». No estamos lejos del destierro medieval.

Igualmente conectada con estas sanciones – verdaderos *efectos de las penas*, en algunas legislaciones aplicados de modo directo e inmediato, al escalofrío del que, entre nosotros, es el mandamiento constitucional, del art. 30.º, n.º 4, y del art. 65.º, n.º 1 de nuestra codificación penal¹⁵⁶ – está la muy controvertida problemática de la identificación, ante la comunidad, del lugar en que un ex-condenado reside, después del respectivo cumplimiento de la pena, *máxime* en delitos contra la libertad y autodeterminación sexuales, en especial de menores (*Megan's law*, 1996¹⁵⁷). No nos detendremos en estos últimos casos, auténticas hipótesis de colisión de derechos (seguridad de la comunidad *vs.*

¹⁵¹ MARKEL, «Are shaming punishments...», pp. 2171-2172.

¹⁵² M. KAHAN, «What's *really* wrong with shaming sanctions», *TLR*, 2006, p. 2088.

¹⁵³ MARKEL, «Are shaming punishments...», p. 2176.

¹⁵⁴ GARFINKEL, «Conditions of successful degradation ceremonies», *American Journal of Criminology*, 1956, pp. 420-424. Adaptamos algunas de esas condiciones y las reunimos en los casos en los que entendemos que poseen un mismo sustrato.

¹⁵⁵ «(...) [La] reducción del otro al peor aspecto (real o imaginario) de su persona» como una de las marcas de nuestros tiempos, en palabras de STÉPHANE HESSEL/EDGAR MORIN, *Le chemin de l'espérance*, 2011, p. 58.

¹⁵⁶ NOTA DE TRADUCCIÓN: Véase la nota a pie de página 6.

¹⁵⁷ Como se puede leer en <http://www.meganslaw.ca.gov/sexreg.aspx>: «California's Megan's Law was enacted in 1996, and allows local law enforcement agencies to notify the public about sex offender registrants found to be posing a risk to the public. Megan's Law is named after seven-year-old Megan Kanka, a New Jersey girl who was raped and killed by a known child molester who had moved across the street from the family without their knowledge. In the wake of the tragedy, the Kankas sought to have local communities warned about sex offenders in the area. All states now have some form of Megan's Law».

privacidad y derecho a la reintegración social del ex-recluso), ya que son *efectos de las penas* y no penas principales (o accesorias) consideradas en sí mismas, al contrario de la importancia de la noción de las *shame sanctions*. Por otro lado, lo que esencialmente se visa, con actuaciones del tipo de las de la *Megan's law*, es prevenir la peligrosidad de un ex-condenado en relación al cual existe (efectiva o presuntamente) un recelo de que reincida (en general, de forma "*homótopa*").

De modo bastante sorprendente para la cultura jurídica nacional¹⁵⁸ y de la Europa continental en general, se ha comprendido que el uso, en público, de una pulsera con la inscripción del crimen por el cual el autor ha sido condenado puede tener un «efecto rehabilitador e impeditivo de la reiteración criminal»¹⁵⁹. Sin embargo, en el mismo país, los EUA, en caso similar, ya ha tendido a generalizarse la decisión contraria bajo el argumento de que la condición impuesta es contraria al desiderátum rehabilitador¹⁶⁰. Más lejos fue el New York Court of Appeals en el caso *People c. McNair*¹⁶¹, al entender que la vigilancia electrónica como forma de control de la *probation* se debe recusar en tanto que solamente se justificaba por la «seguridad pública y vigilancia, y no [por la] rehabilitación». Estimamos técnica y político-criminalmente incorrecto sacar esta conclusión toda vez que la monitorización telemática, en sí, no atenta contra la dignidad del condenado o de sus familias, aunque esté preservado, como sucede entre nosotros¹⁶², el consentimiento de ambos en su aplicación¹⁶³.

Según otra perspectiva, las sanciones examinadas ya habían sido defendidas como *verdaderas alternativas a la privación de libertad*. Le corresponde a KAHAN¹⁶⁴ un indisputado papel en esta concepción. En 1996, este profesor de Yale, en la consideración de que la prisión tiene más costes que beneficios en diversas dimensiones, se inclinaba porque las «ceremonias degradantes» pudiesen sustituir esa pena principal, con la ventaja – según él – de ser menos estigmatizantes. Argumentaba, por otro lado, que si los condenados pudiesen escoger, preferirían las *shame sanctions* a la privación de la libertad, lo cual serviría para demostrarlo. Las primeras serían además capaces de mostrar a la comunidad que el hecho practicado por el autor se oponía a los valores morales sociales esenciales (con lo que se tiende, una vez más, a la conocida e indeseada aproximación de la doctrina penal norteamericana entre las regiones normativas de la Moral y del Derecho). Como el propio

¹⁵⁸ NOTA DE TRADUCCIÓN: Véase la nota a pie de página 6.

¹⁵⁹ Caso *Ballenger c. State*, del Georgia Court Appeals, 1993. En idéntico sentido, la obligación de pagar un anuncio en un periódico local en el que el condenado publicitaba su propia condena – Florida District Court of Appeal, 112, caso *Lindsay c. State*, 1992 (referidos en WAYNE A. LOGAN, «The importance of purpose in probation...», p. 216).

¹⁶⁰ Caso *People c. Letterlough*, 1995, citado en WAYNE A. LOGAN, «The importance of purpose in probation...», p. 217.

¹⁶¹ 1996, referido en WAYNE A. LOGAN, «The importance of purpose in probation...», p. 217.

¹⁶² NOTA DE TRADUCCIÓN: Véase la nota a pie de página 6.

¹⁶³ Al contrario de lo que, de modo muy criticable, sucede en Brasil donde la reciente introducción de la «monitorización electrónica», a través de la Ley n.º 12.258/2010, de 15 de junio, impone los mecanismos en texto incluso sin (o en contra de) la voluntad del propio condenado (*a fortiori* de los que con él cohabitan).

¹⁶⁴ KAHAN, «What do alternative sanctions mean?», *University of Chicago Law Review*, 1996, pp. 591, ss.

autor reconoce, ante esta toma de posición, surgió un torrente de críticas. Casi todas ellas se unían por el mismo diapasón: vulneración de la dignidad de la persona humana, instrumentalización del condenado para servir de «ejemplo» y retroceso civilizacional profundo.

En 2006, KAHAN¹⁶⁵ reconoció que se había equivocado. No obstante, no se piense que las razones del error están vinculadas con las observaciones críticas indicadas. El autor reconoce, eso sí, que se equivocó al considerar que las *shame sanctions* serían capaces de transmitir el grado de reprobación social equivalente a aquel que existe con la cárcel. Existe pues, un problema de falta de expresividad de esas penas, al compararlas con la privación de libertad. Desde luego, la idea de la estigmatización, defiende KAHAN, se da también en la prisión, en la medida en que esta es, de igual modo, un ritual degradante. Con todo, se trata de una degradación que parece agrandar a la población en general, tenga ella una visión más igualitaria, jerárquica o punitiva. Retirar la libertad a alguien indica que el autor ha cometido un «mal», y eso es percibido por todos. No ocurre lo mismo con las *shame sanctions*, quizás debido a la circunstancia de que, históricamente, están asociadas a una época de desarrollo del Derecho Penal en la que imperaba la barbarie y en la que esa función comunicativa de la sanción no se conseguía con la misma eficacia. Con lo que se deduce que, para KAHAN, la justicia restaurativa sería, en el futuro, una verdadera alternativa a la cárcel, ya que su definición y su sentido están dotados de una falta de concretización que beneficiaría a la respectiva imposición. Aquello que ha sido apuntado como una limitación para la *restorative justice* sería, para este profesor, una virtud¹⁶⁶.

Varias han sido las objeciones a las dos posiciones asumidas por KAHAN y que, en un punto, mantienen un *continuum*: el autor defiende la legitimidad de las *shame sanctions*, pero estima que estas no son capaces de expresar el *quantum* de desaprobación social, es decir, no advierte ninguna inconstitucionalidad en las ceremonias degradantes que esas penas conllevan. MARKEL¹⁶⁷ critica el hecho de que se considere que los propios condenados manifiestan preferencia por las *shame sanctions*, en tanto que lo que pueden preferir, es su duración más limitada en el tiempo, cuando se compara con la de la cárcel. Así, si la privación de libertad tuviese la misma duración, probablemente la elección sería otra. Del mismo modo, solo *ex post* el condenado tiene la noción perfecta de la forma en la que las sanciones en estudio ponen inapelablemente en causa su dignidad, desde luego, porque hoy en día no son penas aplicables con habitualidad. El argumento decisivo a este respecto, con todo, reside en la circunstancia de que la pena es *un asunto del Estado* y no algo que esté o deba estar a libre disposición del condenado. El *ius puniendi* aún continúa siendo – con golpes relevantes a los que la doctrina va reaccionando en estado de

¹⁶⁵ KAHAN, «What's really wrong ...», pp. 2075-2095.

¹⁶⁶ Para una crítica a esta visión que convierte la justicia restaurativa en una especie de «navaja suiza», así como para una panorámica de las dificultades a cerca de la noción de estos medios de resolución alternativa de litigios, Confróntese LAMAS, *A mediação penal de adultos. Um novo «paradigma» de justiça penal?*, 2008, pp. 57-61, y ANDRÉ LAMAS, «Justiça prêt-à-porter? Alternatividade ou complementaridade da mediação penal à luz das finalidades do sancionamento», *Revista do Ministério Público*, 2009, pp. 612-614.

¹⁶⁷ MARKEL, «Wrong turns on the road to alternative sanctions...», pp. 1385-1412.

semiletargo – manifestación directa del *ius imperium* estatal, marca indeleble de la matriz pública del Derecho Penal. Así, la preferencia del condenado por una u otra sanción tiene muy poca relevancia. Lo decisivo es que esta última satisfaga las aspiraciones a las que está orientada. Por otro lado, se espera que el Estado, al aplicar las penas en estudio, sea capaz de garantizar que la población en general no participe también en la punición, lo que no es seguro que acontezca, en especial en un tiempo en el que se recrudecen los fenómenos de “vigilantismo”¹⁶⁸. De este modo, existe el riesgo de que la imposición de la pena sea, más allá de un espectáculo público, una medida en la que participen, físicamente, terceros en lo que respecta a la titularidad del derecho de punir¹⁶⁹.

Para WHITMAN¹⁷⁰, es incorrecto afirmar que las *shame sanctions* no funcionan, en especial en los dominios en los que son más habitualmente aplicadas: los *delincuentes sexuales*, los autores que practican *delitos económico-financieros* y los *delincuentes primarios y que cometen bagatelitas penales*. En cuanto a los primeros, la matriz judaico-cristiana occidental siempre ha asociado el sexo al pecado y a la vergüenza, razón principal para que las penas que se enfrentan al conocimiento público de esos delitos, tengan gran efecto preventivo general y especial. Los autores de crímenes de «guante blanco» son, por regla general, operadores económicos que tienen en el reconocimiento social y en el *status* asociado un importante activo que no pueden desbaratar con una condena que, para siempre, representa pérdidas sensibles de oportunidades de negocios. En Portugal, los recientes casos de repercusión mediática que rodea la detención de varios de esos acusados, demuestran bien que el Estado tiene una clarísima percepción de este efecto. Por último, en las primeras condenas por bagatelitas penales, la sociedad aún no percibe a aquel individuo como perteneciente al grupo de los delincuentes, pero tampoco comparte su actividad. Se trata, por encima de todo, en este particular, de indicarles que están en el mal camino y que si no modifican su conducta, pasarán por completo a la categoría de *alienus* (*estigmatización por advertencia*).

El problema no está, para WHITMAN, en el motivo principal que condujo al abandono de estas sanciones en el siglo XIX en la época victoriana, que era la creencia en la violación de la dignidad de la persona humana, en la conversión de la persona en animal, en la animalización de las costumbres. Defiende que todo este argumentario, a pesar de ser bien intencionado, no fue capaz de justificarse de modo profundo. En la misma situación, no se encuentra el movimiento nacido en 1789 en que se conjuraba todo aquello que fuese punición de clase y las penas degradantes e infamantes no eran, antes de la Revolución, aplicadas a todos los individuos¹⁷¹. Aquello que realmente llama la atención en relación a las *shame sanctions* es la *devolución de la administración de la justicia penal del Estado a la población como un todo*, con el riesgo de una *lynch justice*. Los movimientos medievales de «justicia directa» a manos del populacho, los linchamientos, pueden ser consecuencias de

¹⁶⁸ MARKEL, «Wrong turns on the road to alternative sanctions...», p. 1390.

¹⁶⁹ CARNELUTTI, *As misérias do processo penal*, 2009, p. 66, lamentaba que «al hombre, cuando sobre él recae la sospecha de haber cometido un delito, es dado *ad bestias*, como se decía hace algún tiempo de los condenados echados a las fieras como comida. La fiera, la indomable e insaciable fiera, es la multitud.».

¹⁷⁰ WHITMAN, «What is wrong with inflicting...», pp. 1058 y 1064-1068.

¹⁷¹ WHITMAN, «What is wrong with inflicting...», pp. 1070-1077.

esa entrega. No será por casualidad, prosigue el autor, que la Alemania Nazi, después de una primera fase, en la que se mostró altamente favorable a la pérdida del honor, en especial con los condenados considerados como «especies inferiores» (recuérdese la marca de la estrella de David), pronto cambió de línea por el recelo a perder el control en el momento de la ejecución penal, lo que contrariaba los principios estatistas y dictatoriales del régimen¹⁷².

Con razón defiende MARKEL, al contrario que WHITMAN, que las sanciones sometidas a crítica no satisfacen los fundamentos retributivos, a pesar de ser normalmente consideradas como «beautifully retributive». Las *shame sanctions* se aproximan más a la *venganza* que a la retribución, entendida esta, claro está, en perspectiva normativa. Así, en la práctica, aunque de modo latente, no existe el reconocimiento del condenado como un verdadero ser humano, razón por la cual el tratamiento degradante es solamente una forma *adecuada* de tratamiento, hay una fuerte dimensión pública y de escarnio comunitario infrecuente en la retribución, capaz de los ya indicados «linchamientos por las masas» y cuyos «linchadores» no pueden ser determinados *ab initio*¹⁷³.

Frente a las *shame sanctions*, la reacción más instintiva es la de la más viva repulsa y la de considerar que el Derecho Penal así aplicado supondría un retroceso civilizacional de milenios. Además, en un determinante artículo sobre el tema, KUBICIEL¹⁷⁴ comienza exactamente por relatar un episodio de la Grecia Antigua en que una mujer acusada de adulterio era expuesta y lapidada en la plaza pública y, a continuación, se refiere a otro episodio (también real) de un autor de crimen automovilístico que fue obligado a circular en su vehículo con una pegatina en la que anunciaba lo que había hecho. Entre ambos median cerca de 2000 años¹⁷⁵. De lo que se deduce que, como se señalaba, la conclusión más directa es que los EUA, en otro tiempo el más liberal de los Estados y, en varios aspectos, de los más progresistas, se embarcaron en una política criminal que atenta contra los más básicos preceptos del Estado de Derecho, a la cabeza de los cuales está la dignidad de la persona humana¹⁷⁶.

Hay que añadir el dato de que en ese país se ha asistido, después de la creencia en el citado «ideal rehabilitador» en las décadas de los sesenta y setenta del siglo pasado, a un modelo

¹⁷² WHITMAN, «What is wrong with inflicting...», pp. 1082-1089.

¹⁷³ MARKEL, «Are shaming punishments...», pp. 2216-2221.

¹⁷⁴ KUBICIEL, «Shame Sanctions – Ehrenstrafen im Lichte der Strafrechtstheorie», *ZStW*, 2006, pp. 44-75.

¹⁷⁵ KUBICIEL, «Shame Sanctions – Ehrenstrafen...», p. 44.

¹⁷⁶ Por eso no resulta extraño que en un país muy próximo a los EUA en términos jurídicos, como es el Reino Unido, se asista a una enorme confusión sobre una clara orientación político-criminal que, según la perspectiva de varios autores, sólo puede ser ultrapasada por mediación de tres elementos: contención (*restraint*), «parcimonia» y dignidad. Todos ellos contribuyen a una orientación más respetuosa de la eminente dignidad de la persona humana y, al mismo tiempo, a un sistema más económico, tratada la moderación como una verdadera política que intenta conquistar la participación popular, y no como mera retórica (*moderation-by-stealth*) o solamente por razones fiscales (*playing the Treasury card*) – Confróntese LOADER, «For penal moderation. Notes towards a public philosophy of punishment», *ThCrim*, 2010, pp. 349-367.

del *just-deserts*, justo a partir de la década siguiente. Las *shame sanctions* son, de hecho, un elemento más de ese modelo.

No obstante, el análisis no puede detenerse aquí, ya que bien puede suceder que el grado de desarrollo de Europa pueda estar, en este caso en concreto, por detrás de lo que ocurre al otro lado del Atlántico¹⁷⁷. Así, por muy reprobables que consideremos ciertas soluciones, se debe procurar un mayor distanciamiento crítico y no dejarse llevar por la primera impresión. Aún así, es un hecho que incluso en los EUA, las sanciones en estudio han sido objeto de reprobación por una parte de la doctrina y de la jurisprudencia, exactamente en base a las objeciones que hemos explicado y (que se encuentra con ellas en relación simbiótica) en la vulneración del principio de la proporcionalidad. En pocas palabras, por la violación de lo que es siempre el eje de contraste de la conformidad constitucional de cualquier ley penal.

En el otro extremo, se busca evidenciar que a través de la reprobación social y de la estigmatización, el autor se encuentra en mejores condiciones para reflexionar sobre las consecuencias negativas de sus actos y, de este modo, para interiorizar los valores comunitarios mínimos exigibles. Así pues, incluso desde una perspectiva general preventiva de integración, al menos en abstracto, las *shame sanctions* podrían alcanzar tales aspiraciones¹⁷⁸. Desde el punto de vista de la prevención general negativa, no es necesario un gran esfuerzo para comprender el cumplimiento de sus postulados. La retribución, al menos vista de forma más extrema, podría convivir con estas sanciones lesivas del honor del condenado, siguiendo un cierto sentido de la proporcionalidad entre la gravedad del delito y de la sanción. Una proporcionalidad, bien sea dicho, que se basa en la vergüenza y en el ridículo público considerado adecuado y suficiente para compensar el mal causado con el crimen. La culpa, erigida en una realidad tangible del modelo del *just-deserts* sería, por medio de este tipo de penas, un medio de auto-reforma del autor¹⁷⁹. La prevención especial negativa se explica por sí misma y, con la misma línea argumentativa usada antes para la prevención integradora, la especial-preventiva de índole positiva, de nuevo al menos teóricamente, también se justificaría.

La respuesta última a esta cuestión dependerá del tipo de valores en que deseamos fundar el Derecho Penal de un Estado: «(...) la pena (...) es una reacción de valor orientada y basada en valores (...)»¹⁸⁰. También, dependerá de la existencia o no, en el condenado, de un verdadero sentimiento de honor, en tanto que en la medida solamente hay una cantidad de sufrimiento frente a bienes jurídicos con efectiva y concreta existencia en la representación del sujeto. En este sentido, ya se ha defendido la ventaja de las *shame*

¹⁷⁷ Así, KUBICIEL, «Shame Sanctions – Ehrenstrafen...», p. 45.

¹⁷⁸ Como nota KUBICIEL, «Shame Sanctions – Ehrenstrafen...», p. 50, siempre se podrá pretender que aquel que sea condenado a usar cualquier distintivo para hacer saber a los demás que él ha emitido cheques sin fondos, no lo usa única y exclusivamente con esa finalidad directa e inmediata, sino también para que la comunidad en general comprenda que tal comportamiento pellizca intereses comunitarios.

¹⁷⁹ KUBICIEL, «Shame Sanctions – Ehrenstrafen...», p. 51.

¹⁸⁰ KUBICIEL, «Shame Sanctions – Ehrenstrafen...», p. 55.

sanctions en autores bien integrados socialmente y que hayan cometido hechos típicos usualmente considerados como de *white-collar criminality*¹⁸¹. En cualquier dominio en que se aplique, la tipología de las sanciones en estudio supone una mirada hacia el pasado, mucho más que una concepción orientada hacia el futuro. Se debe mencionar que la vergüenza y el escarnio social funcionan como un poderoso contra-motivo para la reiteración penal. Más allá de la relatividad de tal afirmación, es un punto sólido que ella proyecta sobre el presente del autor, más que otras reacciones, la conducta típica, ilícita y culposa que fue cometida, aproximándose de este modo, más a las concepciones absolutas de los fines de las penas. Además, como se ha destacado desde la jurisprudencia norteamericana¹⁸², el sistema en análisis es más permeable a una indeseable confusión entre *legalidad* y *moralidad*¹⁸³, pues utiliza de modo ilustrativo al condenado como ejemplo para los demás, en una perspectiva que, por ser más intrusiva en la personalidad del autor, parece pretender que se genere en él un arrepentimiento interno ajeno a la intervención penal moderna.

En relación con esto, no es de extrañar que se creen movimientos de lucha contra las *shame sanctions*, percibidas como injustas y desproporcionadas por la comunidad. Esto perturbaría la paz pública, que se considera un valor fundamental por parte de los que defienden las sanciones *sub judice*, más allá de poder abrirse las puertas a algunos fenómenos de justicia privada¹⁸⁴. La percepción de que el propio Estado trata de este modo a sus ciudadanos, a través de medidas a disposición de la mayor parte de la población, es susceptible de producir, en determinadas circunstancias, la sensación de que también ellos pueden reclamar para sí el ejercicio del *ius puniendi*.

De todo lo expuesto hasta ahora, es importante destacar que la ejecución de la pena es un factor que muchas veces se minusvalora en la función y en las aspiraciones que el Derecho Penal debe proseguir, pero que aquí, como en tantos otros dominios, se revela decisivo. *La anatomía del sistema es dada por la ejecución penal*. Muy limitativo será ese sistema cuando se apoya exclusiva o fundamentalmente en la utilización del condenado como *instrumentum* de miedo y no como un ciudadano. La ejecución tiene como límite inmanente el respeto a la dignidad de la *persona* humana, de tal forma que los muros del establecimiento penitenciario no se extiendan hasta la vida cotidiana. Son inevitables las reminiscencias, *rectius*, las concreciones del *Feindstrafrecht* jakobsiano. No pudiendo negar que cualquier

¹⁸¹ Véanse las referencias en KUBICIEL, «Shame Sanctions – Ehrenstrafen...», p. 60.

¹⁸² Confróntese KUBICIEL, «Shame Sanctions – Ehrenstrafen...», p. 62.

¹⁸³ Se trata, asimismo, de una marca de estilo del Derecho Penal norte-americano, al menos cuando se observa desde el sistema europeo continental. Se asiste a una discusión teórica sobre los límites y el modo en el que nuestra rama del Derecho debe criminalizar lo que se caracteriza como «males morales», olvidando así la frontera que siempre tendrá que existir, a pesar de amplias zonas de casi sobreposición, entre Derecho y Moral. No sorprende tampoco, a quien parte de estos presupuestos, que las orientaciones absolutas sean quizás las mayoritarias aún en los EUA, aunque se conjuguen con fórmulas de *deterrence* – sobre estas cuestiones, representante típico de lo que se ha dicho, R. A. DUFF, «Towards a theory of criminal law?», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 2010, pp. 1-28.

¹⁸⁴ KUBICIEL, «Shame Sanctions – Ehrenstrafen...», p. 68.

pena comporta siempre un estigma que le es connatural¹⁸⁵, sólo es conforme a la Ley Fundamental que ese estigma sirva a un bien jurídico por lo menos de igual jerarquía del que es sacrificado. La retribución de la culpa o, desde determinado punto de vista, la instrumentalización¹⁸⁶ para el ejemplo desproporcionado no merece, por cierto, el beneplácito de ese test de la *norma normarum*.

6. Referencia conclusiva

Nos confesamos recelosos. Los vientos que soplan en el espacio jurídico-cultural angloamericano, indican un giro punitivo considerable y que se mantiene constante en las últimas décadas. Lo caracterizan, entre otros, un aumento exponencial de la población penitenciaria, un neo-retribucionismo que, paradójicamente, amenaza con abandonar el concepto de culpa, técnicas de pura lógica utilitarista y economicista e institutos jurídicos como la legislación *three strikes and you're out* o las *shame sanctions*, que nos recuerdan que la lucha por el Estado de Derecho es un combate diario.

Si esos fenómenos se registrasen solamente en esas latitudes, el hecho sería ya de por sí preocupante. Sin embargo, los citados fenómenos están ya en la Europa, aunque con formas mucho menos acentuadas y obedeciendo a matices más conformes con nuestra tradición jurídica. Ello no significa, con todo, que el camino civilizacional del Viejo Continente sea algo irreversible. Si hubiese dudas, bastaría con contemplar los horrores del pasado siglo. Un tratamiento manifiestamente desproporcional de la reincidencia y la imposición de sanciones que postergan la dignidad de la persona, recordando así las torturas de la Edad Media, parecen, aún, casi realidades caricaturescas. Sucede, no obstante, que el actual estatuto de los EUA como única superpotencia mundial debe hacer que nos preguntemos, europeos de tradición romano-germánica, sobre si también nosotros nos dejaremos encantar por los cantos de sirena de la eficiencia, del *just deserts*, de nuestra supuesta defensa a costa de valores que considerábamos innegociables.

Importa pues, conocer lo mejor posible estas modernas tendencias político-criminales y dogmáticas, ya que bajo un cierto discurso del riesgo, se «(...) enmascara un positivismo que resurge basado en el *profiling* individual de los autores de los crímenes que está siendo crecientemente legitimado por investigación construida alrededor de teorías y métodos

¹⁸⁵ Entre muchos otros, también ANDROULAKIS, «Über den Primat der Strafe», *ZStW*, 1996, p. 310. El autor distingue dos modelos de estigmatización criminal: el descrédito del autor, la afectación de la identidad social de modo completo (que consideramos que existe en las *shame sanctions*) y la *reintegrative shaming* de BRAITHWAITE (*ibidem*, p. 311). Para una exposición de este último concepto y su crítica, confróntese LAMAS, «Justiça prêt-à-porter...», pp. 152-154. En cuanto al potencial estigmatizante del proceso penal, Confróntese ANDROULAKIS, «Über den Primat...», p. 319.

¹⁸⁶ En palabras señaladas de CARNELUTTI, *As misérias do processo penal*, 2009, p. 9, «[c]onsiderar al hombre como una cosa: ¿puede haber una fórmula más expresiva de incivilidad?».

derivados de la «ciencia» del crimen (...)»¹⁸⁷. Como siempre, en todo el Derecho, pero en especial en el Derecho Penal, el último radical e irreducible se contiene en la preferencia por una sociedad quizá menos segura, pero más libre, o por una comunidad «secularizante» y «secularizada», pero en la que se vendan conquistas civilizacionales. Nuestra opción está tomada, aunque *[l]es avènements radicaux sont morts, mais nous fraierons la voie à un futur possible*¹⁸⁸.

Agradecemos, muy agradecidamente, las observaciones críticas que se han hecho a una versión anterior de este artículo por los Señores Prof. Doctores JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ, RICARDO MATA Y MARTÍN, JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA, ANTONIO JAVATO MARTÍN, AGUSTINA IGLESIAS SKULJ y JOSÉ TAVARES DE SOUSA. Las deficiencias del trabajo se deben, como es evidente, única y exclusivamente a su autor.

Porto, 2011.

¹⁸⁷ ROY COLEMAN/JOE SIM, «Contemporary statecraft and the “punitive obsession”: a critique of the new penology thesis», en JOHN PRATT *et al.*, *The new punitiveness. Trends, theories, perspectives*, 2005, p. 104.

¹⁸⁸ STÉPHANE HESSEL/EDGAR MORIN, *Le chemin de l'espérance*, 2011, p. 57.

Tabla de jurisprudencia citada

<i>Asunto</i>	<i>Año</i>	<i>Tribunal</i>
<i>Solem c. Helm</i>	1983	<i>Supreme Court of the United States</i>
<i>People c. Cox</i>	1991	<i>California Supreme Court</i>
<i>Lindsay c. State</i>	1992	<i>Florida District Court of Appeal</i>
<i>Ballenger c. State</i>	1993	<i>Georgia Court Appeals</i>
<i>People c. Letterlough</i>	1995	<i>Court of Appeals of the State of New York</i>
<i>Weber c. California</i>	1995	<i>California Court of Appeal</i>
<i>Cooper c. Oklahoma</i>	1996	<i>Sixth Circuit Court of Appeals</i>
<i>People c. Romero</i>	1996	<i>California Supreme Court</i>
<i>People c. Williams</i>	1998	<i>California Supreme Court</i>
<i>United States c. Gatewood</i>	1999/2000	<i>Sixth Circuit Court of Appeals</i>
<i>Andrade c. Attorney General of California</i>	2001	<i>California Ninth Circuit Court of Appeals</i>
<i>Brown c. Mayle</i>	2002	<i>California Ninth Circuit Court of Appeals</i>
<i>Ewing c. California</i>	2003	<i>Supreme Court of the United States</i>
<i>Lockyer c. Andrade</i>	2003	<i>Supreme Court of the United States</i>
<i>Ramirez c. Castro</i>	2004	<i>California Ninth Circuit Court of Appeals</i>
<i>People c. McNair</i>	2009	<i>New York Court of Appeals</i>

Bibliografia citada

Manuel A. ABASCAL (1994), «Speaking out on three strikes and you're out», *FSR*, p. 55.

Hans-Jörg ALBRECHT/Anton M. VAN KALMTHOUT (2002), «Intermediate penalties: european developments in conceptions and use of non-custodial criminal sanctions», en Hans-Jörg ALBRECHT/Anton M. VAN KALMTHOUT (eds.), *Community sanctions and measures in Europe and North-America*, Max-Planck-Institut, Freiburg i. Br.

Nikolaos K. ANDROULAKIS (1996), «Über den Primat der Strafe», *ZStW* (108), pp. 300-332.

Mónica ARANDA OCAÑA/Gemma CHAVES CASTILLO *et al.* (2005), *El populismo punitivo*, Ajuntament de Barcelona, Barcelona.

Wil A. ARTS/John GELISSEN (2010), «Models of the Welfare State», en Christopher PIERSON/Herbert OBINGER *et al.*, *The Oxford handbook of the Welfare State*, Oxford University Press, Oxford.

Estella BAKER/Julian V. ROBERTS (2005), «Globalization and the new punitiveness», en John PRATT *et al.* (eds.), *The new punitiveness. Trends, theories, perspectives*, Willan Publishing, Devon.

Børge BAKKEN (2008), «The culture of revenge and the power of politics: A comparative attempt to explain the punitive», *Journal of Power*, pp. 169-187.

Zygmunt BAUMAN (2000), «Social issues of law and order», *BJCrim*, pp. 205-221.

Ulrich BECK (1998), *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona/Buenos Aires.

Emma BELL (2007), «A new direction for penal politics? Putting the popular back into populism», en Rebecca ROBERTS/Will MCMAHON (eds.), *Social justice and criminal justice*, Centre for Crime and Justice Studies, London.

Emma BELL (2010), «Anglo-saxon sociologies of the punitive turn: a reply. Réponse à Nicolas Carrier», *Champ Pénal (CP)*, VII.

Ulla V. BONDESON (2005), «Levels of punitiveness in Scandinavia: description and explanations», en John PRATT *et al.* (eds.), *The new punitiveness. Trends, theories, perspectives*, Willan Publishing, Devon.

John BRAITHWAITE (2000), «The new regulatory state and the transformation of criminology», *BJCrim*, pp. 222-238.

Ian BROWNLEE (1998), «New Labour – new penology? Punitive rhetoric and the limits of managerialism in criminal justice policy», *Journal of Law and Society (JLS)*, pp. 313-335.

Manuel CANCIO MELIÁ (2007), «Direito Penal do Inimigo?», en JAKOBS / CANCIO MELIÁ, *Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas*, 2.^a ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre.

Francesco CARNELUTTI (2009), *As misérias do processo penal*, Editora Pillares, São Paulo.

Nicolas CARRIER (2011), «Anglo-saxon sociologies of the punitive turn. Critical timidity, reductive perspectives, and the problem of totalization», *CP*.

Francis G. CASTLES (2010), «The English-Speaking Countries», en Christopher PIERSON/Herbert OBINGER *et al.*, *The Oxford handbook of the Welfare State*, Oxford University Press, Oxford.

Jonathan P. CAULKINS (2001), «How large should the strike zone be in “three strikes and you’re out” sentencing laws?», *Journal of Quantitative Criminology*, pp. 227-246.

Nils CHRISTIE (2004), *A suitable amount of crime*, Routledge, London, New York.

Nils CHRISTIE (2006), *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del Holocausto?*, Editores del Puerto, Buenos Aires.

Thomas COHEN (2003), *The new penology: how courts sentencing practices have been influenced by the growing emphasis on actuarialism and managerialism*, Rutgers University, New Jersey.

Rose A. COONEN (2001), «United States v. Gatewood: does the three strikes statute violate due process and undermine the presumption of innocence?», *American Journal of Criminal Law (AJCL)*, pp. 83-113.

Michael T. COSTELLOE/Ted CHIRICOS/Marc GERTZ (2009), «Punitive attitudes toward criminals. Exploring the relevance of crime salience and economic insecurity», *P&S*, pp. 25-49.

Adam CRAWFORD (2009), «Governing perceptions of crime and (in)security in an age of uncertainty», en AA. VV., *Aspects of deviance, crime and prevention in Europe. Report of the final conference*, Assessing Deviance, Crime and Prevention in Europe, Project CRIMPREV. Coordination Action – FP6, European Commission.

D'ANJOU/COZIJN/TOORN/VERKOEYEN (1978), «Demanding more severe punishment», *BJCrim*, p. 326-347.

Jorge de FIGUEIREDO DIAS (2005), *Direito Penal Português. As consequências jurídicas do crime*, reimp., Coimbra Editora, Coimbra.

Willem de KOSTER *et al.* (2008), «The rise of the penal state. Neo-liberalization or new political culture?», *BJCrim*, pp. 720-734.

R. A. DUFF (2010), «Towards a theory of criminal law?», *Proceedings of the Aristotelian Society*, pp. 1-28.

Lisa EATON (2003), «Three strikes and you're out: enhanced sentences for repeat offenders research pathfinder», *Legal Reference Services Quarterly*, pp. 55-85.

Gøsta ESPING-ANDERSEN (2004), *Three worlds of welfare capitalism*, reimp., Princeton University Press, Princeton.

Malcolm M. FEELEY/Jonathan SIMON (1992), «The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications», *Criminology* (30), pp. 449-474.

Theodore N. FERDINAND/Helmut KURY (2008), «Punitivity in The United States», en Helmut KURY/Theodore N. FERDINAND (eds.), *International perspectives on punitivity*, vol. 4, Universitätsverlag Brockmeyer, Bochum.

Maurizio FERRERA (2010), «The South European Countries», en Christopher PIERSON/Herbert OBINGER *et al.*, *The Oxford handbook of the Welfare State*, Oxford University Press, Oxford.

Harold GARFINKEL (1956), «Conditions of successful degradation ceremonies», *American Journal of Criminology*, pp. 420-424.

Richard GARSIDE (2007), «Punitiveness and "populism" in political economic perspective», en Rebecca ROBERTS/Will MCMAHON (eds.), *Social justice and criminal justice*, Centre for Crime and Justice Studies, London.

Mario GOLLWITZER/Katrin BÜCKLEIN (2007), «Are "we" more punitive than "me"? Self-construal styles, justice-related attitudes, and punitive judgements», *Social Justice Research*, pp. 457-478.

Stephen D. GOTTFREDSON/Laura J. MORIARTY (2006), «Clinical versus actuarial judgments in criminal justice decisions: should one replace the other?», *Federal Probation (FP)*, pp. 15-18.

Ian GOUGH/Göran THERBORN (2010), «The Global Future of Welfare States», en Christopher PIERSON/Herbert OBINGER *et al.*, *The Oxford handbook of the Welfare State*, Oxford University Press, Oxford.

Rebecca GROSS (2002), «The “spirit” of the three strikes law: from the Romero myth to the hopeful implications of Andrade», *Golden Gate University Law Review*, pp. 169-205.

Simon HALLSWORTH (2000), «Rethinking the punitive turn. Economies of excess and the criminology of the other», *Punishment & Society (P&S)*, pp. 145-160.

Simon HALLSWORTH (2002), «The case for a postmodern penalty», *ThCrim*, pp. 145-163.

Simon HALLSWORTH/John LEA (2008), «Confronting the criminology of complacency: a rejoinder to some recent critiques of the “punitive turn”», (disponible en <http://www.bunker8.pwp.blueyonder.co.uk/misc/complacency.html>).

Nathan HANNA (2009), «Liberalism and the general justifiability of punishment», *Philosophical Studies*, pp. 325-349.

Kelly HANNAH-MOFFAT (2005), «Criminogenic needs and the transformative risk subject», *P&S*, pp. 29-51.

Bernard E. HARCOURT (2010), «Risk as a proxy for race», *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, núm. 535.

Eric HELLAND/Alexander TABARROK (2007), «Does three strikes deter? A nonparametric estimation», *The Journal of Human Resources*, pp. 309-330.

Eric HELLAND/Alexander TABARROK (2009), «Measuring criminal spillovers: evidence from three strikes», *Review of Law and Economics*, pp. 251-268.

Stéphane HESSEL/Edgar MORIN (2011), *Le chemin de l'espérance*, Fayard, Clamecy.

Lyn HINDS (2005), «Crime control in Western countries, 1790 to 2000», en JOHN PRATT *et al.* (eds.), *The new punitiveness. Trends, theories, perspectives*, Willan Publishing, Devon.

Doyle HORN (2004), «*Lockyer v. Andrade*: California three strikes law survives challenge based on federal law that is anything but “clearly established”», *JCL&C*, pp. 687-722.

Mike HOUGH (2009), «Risk, fear and insecurity: in praise of simplicity», en AA. VV., *Aspects of deviance, crime and prevention in Europe. Report of the final conference*, Assessing Deviance, Crime and Prevention in Europe, Project CRIMPREV. Coordination Action – FP6, European Commission.

Jonathan JACOBS (1999), «Luck and retribution», *Philosophy*, 74, pp. 535-555.

Bill JONES (1999), «Why the three strikes law is working in California», *Stanford Law & Policy Review (StL&PR)*, pp. 23 y ss.

Dan M. KAHAN (1996), «What do alternative sanctions mean?», *University of Chicago Law Review*, pp. 591 y ss.

Dan M. KAHAN (2006), «What's *really* wrong with shaming sanctions», *TLR*, p. 2088 y ss.

Arthur KAUFMANN (1988), «National socialism and German jurisprudence from 1933 to 1945», *Cardozo Law Review*, pp. 1629-1649.

Mikko KAUTTO (2010), «The Nordic countries», en Christopher PIERSON/Herbert OBINGER *et al.*, *The Oxford handbook of the Welfare State*, Oxford University Press, Oxford.

John KELLY/Anusua DATTA (2009), «Does three strikes really deter? A statistical analysis of its impact on crime rates in California», *College Teaching Methods & Styles Journal*, pp. 29-39.

Michael KUBICIEL (2006), «Shame Sanctions – Ehrenstrafen im Lichte der Straftheorie», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, pp. 44-75.

Helmut KURY/Theodore FERDINAND/Joachim OBERGFELL-FUCHS (2008), «Punitivity in Germany: attitudes to punishments, sentencing, and prison rates», en Helmut KURY/Theodore N. FERDINAND (eds.), *International perspectives on punitivity*, vol. 4, Universitätsverlag Brockmeyer, Bochum.

Helmut KURY/Theodore N. FERDINAND (2008), «Punitivity. An introduction», en Helmut KURY/Theodore N. FERDINAND (eds.), *International perspectives on punitivity*, vol. 4, Universitätsverlag Brockmeyer, Bochum.

André LAMAS (2008), *A mediação penal de adultos. Um novo «paradigma» de justiça penal?*, Coimbra Editora, Coimbra.

André LAMAS (2009), «Justiça *prêt-à-porter*? Alternatividade ou complementaridade da mediação penal à luz das finalidades do sancionamento», *Revista do Ministério Público*, pp. 85-126.

Ian LOADER (2010), «For penal moderation. Notes towards a public philosophy of punishment», *ThCrim*, pp. 349-367.

Wayne A. LOGAN (2003), «The importance of purpose in probation decision making», *BuffCLR*, pp. 189-195.

Dan LUNGREN (1996), «Three cheers for 3 strikes», *Policy Review*, pp. 34 y ss.

Dan MARKEL (2001), «Are shaming punishments beautifully retributive? Retributivism and the implications for the alternative sanctions debate», *Vanderbilt Law Review*, pp. 2157 y ss.

Dan MARKEL (2007), «Wrong turns on the road to alternative sanctions: reflections on the future of shaming punishments and restorative justice», *Texas Law Review (TLR)*, pp. 1385 y ss.

Denise MARTIN (2003), «The politics of policing: managerialism, modernization and performance», en ROGER MATTHEWS/JOCK YOUNG (eds.), *The new politics of crime and punishment*, Willan Publishing, Cullompton, Portland.

Thomas B. MARVELL/Carlisle E. MOODY (2001), «The lethal effects of three-strikes laws», *JLS*, pp. 89-106.

Roger MATTHEWS (2003), «Rethinking penal policy: towards a systems approach», en Roger MATTHEWS/Jock YOUNG (eds.), *The new politics of crime and punishment*, Willan Publishing, Cullompton, Portland.

Roger MATTHEWS (2005), «The myth of punitiveness», *Theoretical Criminology (ThCrim)*, pp. 175-201.

Sarah MAUREEN REED (2004), «Sentencing and punishment – cruel and unusual punishment: the United States Supreme Court upholds California's three strikes law, ruling the law does not violate the eighth amendment's prohibition on cruel and unusual punishment», *North Dakota Law Review*, pp. 497- 533.

Margit MAYER (2010), «Punishing the poor – a debate. Some questions on Wacquant's theorizing the neoliberal state», *ThCrim*, p. 94.

Edwin MEESE III (1994), «Three-strikes laws punish and protect», *FSR*, pp. 58 y ss.

Donald MOON (2011), «The idea of the Welfare State», en George KLOSKO (ed.), *The Oxford handbook of the history of political philosophy*, Oxford University Press, Oxford.

Laurent MUCCHIELLI (2008), *La frénésie sécuritaire. Retour à l'ordre et nouveau contrôle social*, La Découverte, Paris.

Joachim OBERGFELL-FUCHS (2008), «Punitivity within the criminal justice system in Germany», en Helmut KURY (ed.), *Fear of crime – punitivity. New developments in theory and research*, vol. 3, Universitätsverlag Brockmeyer, Bochum.

Tina M. OLSON (2000), «Strike one, ready for more? The consequences of plea bargaining “first strike” offenders under California’s “three strikes” law», *California Western Law Review*, pp. 545-570.

Pat O’MALLEY (1999), «Volatile and contradictory punishment», *ThCrim*, pp. 175-196.

Einar ØVERBYE (2010), «Disciplinary Perspectives», en Christopher PIERSON/Herbert OBINGER *et al.*, *The Oxford handbook of the Welfare State*, Oxford University Press, Oxford.

Mark W. OWENS (1995), «California’s three strikes law: desperate times require desperate measures – but will it work?», *PLJ*, pp. 882 y ss.

Nicola PADFIELD (2002), «What are prisons for?», *CLJ*, pp. pp 499-544.

Nicola PADFIELD (2003), «Indeterminate sentences... again», *CLJ*, pp. 247-250.

Bruno PALIER (2010), «Continental Western Europe», en Christopher PIERSON/Herbert OBINGER *et al.*, *The Oxford handbook of the Welfare State*, Oxford University Press, Oxford.

Sue PENNA/Majid YAR (2003), «From modern to postmodern penalty? A response to Hallsworth», *ThCrim*, pp. 469-482.

Michelle S. PHELPS (2011), «Rehabilitation in the punitive era: the gap between rhetoric and reality in U.S. prison programs», *Law & Society Review*, pp. 33-68.

Samuel H. PILLSBURY (2002), «A problem in emotive due process: California’s three strikes law», *BuffCLR*, pp. 483-524.

Giles PLAYFAIR (1971), *The punitive obsession. An unvarnished history of the English prison system*, Victor Gollancz, London.

Richard A. POSNER (2006), «The role of the judge in the twenty-first century», *Boston University Law Review*, pp. 1049-1068.

John PRATT (2000), «Emotive and ostentatious punishment. Its decline and resurgence in modern society», *P&S*, pp. 417-439.

John PRATT (2005), «Elias, punishment, and decivilization», en John PRATT *et al.* (eds.), *The new punitiveness. Trends, theories, perspectives*, Willan Publishing, Devon.

Robert REINER (2007), «Neoliberalism, crime and justice», en Rebecca ROBERTS/Will MCMAHON (eds.), *Social justice and criminal justice*, Centre for Crime and Justice Studies, London.

Michael ROMANO (2010), «Striking back: using death penalty cases to fight disproportionate sentences imposed under California's three strikes law», *StL&PR*, pp. 311-348.

Joachim J. SAVELSBERG (2008), «Punitiveness in cross-national comparison: toward a historically and institutionally grounded multi-factorial approach», en Helmut KURY/Theodore N. FERDINAND (eds.), *International perspectives on punitivity*, vol. 4, Universitätsverlag Brockmeyer, Bochum.

Carl SCHMITT (2007), *Der Begriff des Politischen* (utilizamos *The concept of the political*, The University of Chicago Press, Chicago, London).

Joanna M. SHEPHERD (2002), «Fear of the first strike: the full deterrent effect of California's two- and three-strikes legislation», *JLS*, pp. 159-201.

J. R. SPENCER (2008), «The drafting of criminal legislation: need it be so impenetrable?», *CLJ*, pp. 585-605.

Tom R. TYLER/Robert J. BOECKMANN (1997), «Three strikes and you are out, but why? The psychology of public support for punishing rule breakers», *Law & Society Review*, pp. 237-265.

Michael VITIELLO (1997), «Three strikes: can we return to rationality?», *JCL&C*, pp. 395 y ss.

Michael VITIELLO (2002), «Three strikes laws. A real or imagined deterrent to crime?», *Human Rights*, pp. 425-432.

Stefan VOGENAUER (2005), «An empire of light? Learning and lawmaking in the history of German law», *CLJ*, pp. 481-500.

Franz VON LISZT (1995), *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo*, 1882, Editorial Comares, Granada.

Loïc WACQUANT (2005), «The great penal leap backward: incarceration in America from Nixon to Clinton», en JOHN PRATT *et al.* (eds.), *The new punitiveness. Trends, theories, perspectives*, Willan Publishing, Devon.

Loïc WACQUANT (2009), *Prisons of poverty*, University of Minnesota Press, Minneapolis, London.

Loïc WACQUANT (2009), *Punishing the poor. The neoliberal government of social insecurity*, Duke University Press, Durham.

Loïc WACQUANT (2011), «Neoliberal penalty at work: a response to my Spanish critics», *Revista Española de Sociología*, pp. 115 y ss.

Harvey WHEELER (1973), «Introduction: A nonpunitive world?», en Harvey WHEELER (ed.), *Beyond the punitive society. Operant conditioning: social and political aspects*, Wildwood House, London.

Joe D. WHITLEY (1994), «"Three strikes and you're out": more harm than good», *FSR*, pp. 63 y ss.

James Q. WHITMAN (1998), «What is wrong with inflicting shame sanctions?», *The Yale Law Journal*, pp. 1055 y ss.

John L. WORRALL (2004), «The effect of three-strikes legislation on serious crime in California», *Journal of Criminal Justice*, pp. 283-296.

Jock YOUNG (2003), «Winning the fight against crime? New Labour, populism and lost opportunities», en Roger MATTHEWS/Jock YOUNG (eds.), *The new politics of crime and punishment*, Willan Publishing, Cullompton, Portland.

Jock YOUNG/Roger MATTHEWS (2003), «New Labour, crime control and social exclusion», en Roger MATTHEWS/Jock YOUNG (eds.), *The new politics of crime and punishment*, Willan Publishing, Cullompton, Portland.

Franklin E. ZIMRING (1987), «Principles of criminal sentencing, plain and fancy», *Northwestern University Law Review*, pp. 73 y ss.

Franklin E. ZIMRING (1996), «Populism, democratic government, and the decline of expert authority: some reflections on "three strikes" in California», *PLJ*, pp. 243 y ss.

Franklin E. ZIMRING/Gordon HAWKINS/Sam KAMIN (2001), *Punishment and democracy. Three strikes and you're out in California*, Oxford University Press, New York.

Franklin E. ZIMRING/Sam KAMIN (2002), «Facts, fallacies, and California's three strikes», *Duquesne Law Review*, pp. 605 y ss.

Franklin E. ZIMRING (2005), «Penal policy and penal legislation in recent American experience», *StLR*, pp. 323 y ss.